

**UNIVERSIDADE NOVA DE LISBOA**

**FACULDADE DE DIREITO**

# **Constituição e Interculturalidade: da diferença à referência**

**ANABELA DE FÁTIMA DA COSTA LEÃO**

**2013**

Dissertação de doutoramento apresentada no âmbito do 3.º Ciclo de Estudos conducente ao grau de Doutor(a), em Direito Público, da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa.

## ÍNDICE

<b>ABREVIATURAS E SIGLAS .....</b>	<b>6</b>
------------------------------------	----------

### **INTRODUÇÃO**

1. O tema e a sua relevância jurídica .....	10
2. Considerações metodológicas .....	12
3. Indicação de sequência .....	14

### **PARTE I - DA CONSTITUIÇÃO COMO LIMITE À CONSTITUIÇÃO COMO FUNDAMENTO**

#### **CAPÍTULO I – O constitucionalismo na “era da diversidade”**

1. Entre o triunfalismo e a nostalgia .....	16
2. O retorno ao Estado .....	25
3. Pluralismo constitucional e constitucionalismo plural .....	32
3.1. Do pluralismo como facto ao pluralismo como norma .....	32
3.2. Pluralismo, democracia, dissenso .....	41
3.3. Específicos contextos de pluralismo normativo .....	46
4. A constituição inclusiva .....	53
4.1. Pluralismo, constitucionalismo e constituição .....	53
4.2. A constituição aberta .....	58
4.3. Identidade (s) e constituição .....	70

#### **CAPÍTULO II – Direitos fundamentais no e para além do Estado**

1. A era dos direitos e os seus desafios .....	82
2. Direitos humanos entre relativismo e imperialismo .....	95
3. A tríade direitos fundamentais, direitos humanos, direitos de personalidade .....	103
3.1. Direitos fundamentais e direitos humanos .....	103
3.2. Direitos fundamentais e direitos de personalidade .....	106
4. Direitos fundamentais entre ordens jurídicas .....	108
4.1. Ainda os desafios aos direitos fundamentais: multifuncionalidade na “arena global” .....	108

4.2. Diálogos interjusfundamentais e interculturais .....	111
4.3. Abertura constitucional aos direitos fundamentais.....	125
5. Estado de Direito, democracia e globalização: ensaio de síntese .....	133

## **PARTE II – DA DIVERSIDADE CULTURAL AO MODELO INTERCULTURAL**

### **CAPÍTULO I - De que falamos quando falamos de multiculturalismo?**

1. O debate multiculturalista .....	137
1.1. A descrição e a norma.....	137
1.2. Os dados do debate multiculturalista .....	145
2. Abordagem tópico-problemática .....	152
2.1. Cultura, identidade, diversidade .....	152
2.2. O reconhecimento de (eventuais) direitos culturalmente diferenciados.....	177
2.2.1 A determinação da titularidade individual ou coletiva.....	183
2.3. Do grupo ao indivíduo .....	190

### **CAPÍTULO II - A definição da atitude cultural do Estado**

1. A (discutível) neutralidade.....	199
2. Os deveres e os limites da atuação pública.....	212
2.1. Deveres estaduais perante grupos e indivíduos .....	212
2.2. Em busca do inegociável .....	217
2.3. A consideração da igualdade relevante.....	232
3. Da diversidade cultural em geral à multiculturalidade imigrante.....	241
3.1. Modelos de gestão político-institucional da diversidade cultural.....	241
3.2. A especificidade do multiculturalismo imigrante.....	246
4. Notas para um balanço da gestão da multiculturalidade.....	252

### **CAPÍTULO III - A proposta intercultural**

1. Da crítica ao multiculturalismo à justiça intercultural .....	257
2. Aplicações práticas do modelo intercultural.....	278

## **PARTE III – IDENTIDADE E DIVERSIDADE CULTURAL NA CONSTITUIÇÃO PORTUGUESA**

### **CAPÍTULO I – Dimensões de juspositivação**

1. Reflexos da proteção da cultura e da diversidade cultural no direito internacional e no direito estrangeiro .....	283
1.1. Sinergias na proteção internacional e europeia .....	283
1.2. Nota breve sobre os direitos estrangeiros .....	302
2. Coordenadas para a compreensão jusfundamental da relevância da identidade e diversidade culturais (proposta de abordagem) .....	305
2.1. O Estado adjetivado .....	305
2.2. Da “imagem da pessoa” e do “cidadão”: a inclusividade na Constituição ..	328
2.3. A contextualização da dignidade da pessoa humana .....	336

### **CAPÍTULO II - A tutela constitucional da identidade e da diversidade culturais**

1. Proposta de compreensão jusfundamental da pertença cultural .....	342
2. Ponderando a “igualdade” e a “diferença” .....	353
3. Testando a inclusividade .....	360

<b>SÍNTESE CONCLUSIVA</b> .....	375
---------------------------------	-----

<b>BIBLIOGRAFIA CITADA</b> .....	380
----------------------------------	-----

## ABREVIATURAS E SIGLAS

AA. VV. – Autores vários

Ac. - Acórdão

art. - artigo

arts. – artigos

ACIDI – Alto Comissariado para a Imigração e Diálogo Intercultural

AFD - *Anuario de Filosofia del Derecho*

AGNU - Assembleia Geral das Nações Unidas

AJIL - *American Journal of International Law*

APJHRL - *Asia Pacific Journal on Human Rights and the Law*

AR - Assembleia da República

AS - Análise Social

AYIL - *Asian Yearbook of International Law*

BFDC- Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra

BJPS - *British Journal of Political Science*

BJS - *The British Journal of Sociology*

BVerfG - *Bundesverfassungsgericht*

BVerfGE - *Entscheidungen des Bundesverfassungsgericht*

CaLR - *Cardozo Law Review*

Cap. - Capítulo

CC - Código Civil português

CConst - *Cuestiones Constitucionales*

CDFUE - Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia

CdRP - *Claves de Razón Práctica*

CE - Conselho da Europa

CEDH - Convenção Europeia dos Direitos do Homem

CEFD - *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*

CERI - Comissão Europeia contra o Racismo e a Intolerância (ECRI)

Cit. - citado

CJEL - *The Columbia Journal of European Law*

CJLS - *Canadian Journal of Law and Society*

CJRL - *Columbia Journal of Race and Law*

coord. - coordenador/a/es

CRP - Constituição da República Portuguesa (1976)

CLR - *Columbia Law Review*

CS - *Citizenship Studies*

DC – *Derecho y Cultura*

DD - *Direito em Debate*

DDHC - Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão

DUDH - Declaração Universal dos Direitos do Homem

DJAP - Dicionário Jurídico da Administração Pública

DP - *Diritto Pubblico*

D&P - Direito e Política

DR – Diário da República

DS - *Droit et Société*

ECLR - *European Constitutional Law Review*

ed. - editor/a/es

EJP - *European Journal of Philosophy*

EPW - *Economic and Political Weekly*

EUA - Estados Unidos da America

EYMI - *European Yearbook of Minority Issues*

FDUL - Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

GLJ - *German Law Journal*

HRQ - *Human Rights Quarterly*

ICJP - Instituto de Ciências Jurídico-Políticas – Faculdade de Direito de Lisboa

ICL - *Vienna Journal on International Constitutional Law*

ICLQ - *International and Comparative Law Quarterly*

ICON - *International Journal of Constitutional Law*

IJIR - *International Journal of Intercultural Relations*

ILP - *International Law and Politics*

INCM - Imprensa Nacional Casa da Moeda

ISSJ – *International Social Science Journal*

JD - *Journal of Democracy*

JILP - *New York University Journal of International Law and Politics*

JP - *Journal of Philosophy*

JZ - *JuristenZeitung*

KJ - *Kritische Justiz*

LJ - *Letras Jurídicas. Revista Electrónica de Derecho*

loc. cit. – local citado

MJECL - *Maastricht Journal of European and Comparative Law*

McGLJ - *McGill Law Journal*

n. - nota de rodapé

ob. cit. – obra citada

OCDE – Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico

OI – Observatório da Imigração

org. - organizador/a/es

PD - *Politica del Diritto*

PIDCP- Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos

PIDESC- Pacto Internacional de Direitos Económicos, Sociais e Culturais

PyD - *Persona y Derecho*

PQ - *Political Quarterly*

PR - Presidente da República

PT - *Political Theory*

QC - *Quaderni Costituzionali*

QDPE - *Quaderni di Diritto e Politica Ecclesiastica*

RBDC - Revista Brasileira de Direito Constitucional

R&C - *Race & Class*

R&R - *Rechtsfilosofie & Rechtstheorie (Netherlands Journal of Legal Philosophy)*

RCCS - Revista Crítica de Ciências Sociais

RCDP - *Rivista critica del diritto privato*

RCDPub - *Revista Catalana de Dret Public*

RCEC - *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*

RCS - *Review of Constitutional Studies*

RDCE - *Revista de Derecho Comunitario Europeo*

RDP - Revista de Direito Público

RECP - *Revista Española de Ciencia Política*

REP - *Revista de Estudios Políticos*

RFDC - *Revue française de Droit constitutionnel*

RFDUP - Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto

RGDC - *Revista General de Derecho Constitucional*

RI - Relações Internacionais



RIDPC - *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*  
 RIIDH - *Revista del Instituto Iberoamericano de Derechos Humanos*  
 RIEJ - *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*  
 RJ - *Ratio Juris*  
 RLJ - *Revista de Legislação e Jurisprudência*  
 ROA - *Revista da Ordem dos Advogados*  
 RPCC - *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*  
 RSJ - *Revista Sociologia Jurídica*  
 SI - *Scientia Iuridica*  
 SCLR - *Southern California Law Review*  
 SJLS - *Singapore Journal of Legal Studies*  
 SLR - *The Sydney Law Review*  
 ss. - seguintes  
 STC - *Sentencia del Tribunal Constitucional* (Espanha)  
 STS - *Sentencia del Tribunal Supremo* (Espanha)  
 TC - *Tribunal Constitucional*  
 TCS - *Theory Culture Society*  
 TEDH - *Tribunal Europeu dos Direitos do Homem*  
 TIJ - *Tribunal Internacional de Justiça*  
 TIL - *Theoretical Inquiries in Law*  
 TFUE – *Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia*  
 TJUE – *Tribunal de Justiça da UE*  
 TUE – *Tratado da União Europeia*  
 TNT - *Transnational Legal Theory*  
 UE - *União Europeia*  
 UMJLR - *University of Michigan Journal of Law Reform*  
 UNESCO - *Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura*  
 VLR - *Vermont Law Review*  
 vd. - *vide*  
 vs. - *versus*  
 ZaöRV - *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*

## INTRODUÇÃO

### 1. O tema e a sua relevância jurídica

A presente dissertação tem por tema “Constituição e Interculturalidade: da diferença à referência”. O título procura espelhar o objeto deste trabalho: um estudo de direito constitucional, que reflete sobre a realidade multicultural das sociedades atuais sob a perspetiva da interculturalidade, apresentando uma proposta de compreensão jurídico-constitucional da identidade e diferença culturais assente nos princípios constitucionais fundamentais do Estado de Direito, da democracia e do respeito pelos direitos fundamentais. Se ao constitucionalismo, repensado no contexto da internormatividade e da interconstitucionalidade, se pede que dê “forma normativa, conceptual e institucional”<sup>1</sup> à acomodação da identidade e da diversidade culturais, é por referência a uma constituição concreta - *in casu*, a Constituição portuguesa de 1976 – e ao seu sistema de direitos fundamentais que nos propomos empreender tal tarefa. Trata-se, por conseguinte, de aprofundar o *sentido da inclusividade constitucional*, tendo presente que à constituição – aberta à interconstitucionalidade que é, também, interculturalidade - cabe ainda o papel de “fundamento de unidade” da comunidade política.

As sociedades atuais apresentam-se como diversificadas (multiculturais, em sentido descritivo), diversificação esta que, não resultando apenas das migrações, com estas cobrou maior visibilidade. Esta realidade presta-se a diferentes leituras, ora tendentes a salientar a oportunidade representada pela diversidade, ora a interpretá-la como ameaça. Pode, assim, distinguir-se uma representação patológica da diversidade cultural, que a vê como perturbação do normal funcionamento das sociedades democráticas, de uma representação assente no pressuposto de que essa diversidade é um facto - na verdade, o “modo de ser” das sociedades atuais - e uma fonte de riqueza, não obstante comportar desafios. É ainda da compreensão do Estado constitucional e democrático de direito, e do pluralismo que lhe é intrínseco, que se

---

<sup>1</sup> HANS LINDHAL, “Recognition as Domination: Constitutionalism, Reciprocity and the Problem of Singularity”, in NEIL WALKER/ JO SHAW/ STEPHEN TIERNEY, *Europe’s Constitutional Mosaic*, Oxford/Portland, Hart Publishing, 2011, p. 205 ss., p. 213.

trata e, por conseguinte, de uma discussão que convoca uma perspetiva especificamente constitucional.

A necessidade e oportunidade de um discurso jurídico sobre a multiculturalidade das sociedades atuais manifesta-se no surgimento de variada bibliografia tendente a reunir uma plêiade de contributos, oriundos de diferentes ramos do direito e de diferentes ordens jurídicas, sobre a regulação jurídica da diversidade como “campo em construção”<sup>2</sup>, fazendo porventura sentido aludir a um “direito da diversidade”<sup>3</sup>. Do que se trata, porém, neste trabalho, é de reconhecer a necessidade de uma específica abordagem jurídico-constitucional, assente a “vocação de âncora do sistema” geralmente reconhecida ao Direito Constitucional<sup>4</sup> e a afirmação de que, ao constitucionalismo democrático, cabe fornecer o quadro institucional para a mediação de certos conflitos inevitáveis no tecido político, económico e social<sup>5</sup>. Abordar a interculturalidade de um ponto de vista constitucional num contexto que é de expansão do constitucionalismo impõe, igualmente, ter em conta o diálogo entre culturas a um nível mais vasto, qual seja o supraestadual.

A discussão sobre a diversidade cultural e sua compatibilização com as democracias liberais ocidentais é eminentemente prática, e não apenas teórica. A tensão entre “unidade” e “diversidade”, ou entre “liberdade” e “igualdade”, que o reconhecimento da multiculturalidade convoca, faz parte da estrutura fundamental dos estados democráticos contemporâneos. Todavia, parece-nos decisivo sublinhar que não existe uma forma única de resolver a questão: a história e os contextos desempenham um papel fundamental na determinação das características precisas

---

<sup>2</sup> A título de exemplo, *vd.* MARIE-CLAIRE FOBLETS/ JEAN-FRANÇOIS GRAUDREAU-DESBIENS/ ALISON DUNDES RENTELN (eds.), *Cultural Diversity and the Law. State Responses from around the world*, Bruxelas, Bruylant/Ed. Yvon Blais, 2010, JULIE RINGELHEIM (dir.), *Le droit et la diversité culturelle*, Bruxelas, Bruylant, 2011 e OMID PAYROW SHABANI (ed), *Multiculturalism and Law: a critical debate*, Cardiff, University of Walles Press, 2007.

<sup>3</sup> A expressão é de FRANCESCO PALERMO, “Accommodating differences: the present and future of the law of diversity”, *in VLR*, vol. 30, 2006, p. 431 ss., que alude a um “direito da diversidade” como *multifacetado* (pluralidade de produtores e fornecedores), *complexo* (a “soberania” sobre as questões de diversidade é difusa) e tendencialmente *soft* (*id est*, determinado por elementos não estritamente vinculativos).

<sup>4</sup> LUÍSA NETO, *O direito à disposição sobre o próprio corpo*, Coimbra, Coimbra Editora, 2004, p. 48.

<sup>5</sup> ABDULLAHI AHMED AN-NA'IM, “Taming the Imperial Impulse: Realising a Pragmatic Moral Vision”, *in EPW*, vol. XLVI, 2011, p. 55 ss.

que o conflito de valores adquire em cada país e, por conseguinte, da solução plausível para os dilemas suscitados<sup>6</sup>.

Como nota BENHABIB<sup>7</sup>, as lutas pela identidade não têm lugar apenas nos novos estados-nação (que surgem por exemplo em resultado da desagregação dos regimes comunistas), têm também lugar dentro das fronteiras das velhas democracias liberais, associadas à luta pelo reconhecimento de identidades baseadas no género, na raça, na língua, na etnia, na orientação sexual. Porém, o objeto deste estudo não diz respeito às “lutas pelo reconhecimento” ou às “lutas de identidade” em geral, mas especificamente às que se relacionam com o reconhecimento da identidade cultural, ainda que sem descurar a necessária interdependência entre abordagens. Por outro lado, procurou-se uma abordagem da diversidade cultural capaz de relacionar dimensões individuais e coletivas, não se circunscrevendo à tutela das minorias culturais, antes procurando uma compreensão alargada da identidade cultural que é, também, maioritária.

Justificando em concreto a oportunidade de uma reflexão sobre a abordagem constitucional e jusfundamental da diversidade cultural, atente-se na realidade de Portugal como país que se descobriu recentemente como país de imigração, e não apenas de emigração, o que justifica a especial atenção conferida à diversidade cultural de origem imigrante ou às novas minorias resultantes das migrações<sup>8</sup>, ainda que no contexto de um enquadramento jusfundamental, que se pretende abrangente, da identidade e da diferença.

## **2. Considerações metodológicas**

A diversidade cultural suscita o interesse e a reflexão das ciências sociais, das ciências políticas e da filosofia, convidando ao diálogo interdisciplinar<sup>9</sup>. Como

---

<sup>6</sup> DANIEL BONILLA MALDONADO, *La Constitución multicultural*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores/Universidad de los Andes/Universidad Javeriana-Instituto Pensar, 2006, p. 105.

<sup>7</sup> SEYLA BENHABIB, *Las reivindicaciones de la cultura*, Buenos Aires, Katz, 2006, p. 8.

<sup>8</sup> Para um diagnóstico recente, *vd.* JORGE MALHEIROS (coord. científica), *Diagnóstico da população imigrante em Portugal: desafios e potencialidades*, Lisboa, ACIDI, 2013, disponível em <http://www.oi.acidi.gov.pt>.

<sup>9</sup> *Vd.*, a propósito, as interessantes considerações de JULIE RINGELHEIM, “Cartographie d’un champ en construction”, in JULIE RINGELHEIM (dir.), *Le droit...*, cit., p. 1 ss., p. 4 ss. e PATRÍCIA JERÓNIMO, “Direito Público e Ciências Sociais – o contributo da antropologia para uma densificação “culturalista” dos direitos fundamentais”, in *SI*, Tomo LX, 2011, p. 345 ss.

realidade cultural indissociável das demais experiências humanas, conhecer o Direito implica conhecer a sociedade à qual se dirige e da qual resulta<sup>10</sup>, tanto mais quanto é certo, seguindo o ensinamento de PETER HÄBERLE, que a Constituição a partir da qual procuramos compreender a cultura é, ela mesma, cultura.

Sendo o Direito Constitucional um “intertexto aberto”, cuja gravitação é “não um singular movimento de rotação em torno de si mesmo, mas sim um gesto de translação perante outras galáxias do saber humano”, nas sugestivas palavras de GOMES CANOTILHO<sup>11</sup>, a investigação socorrer-se-á de contributos oriundos das ciências sociais, *maxime* quanto à problematização do conceito de cultura e de identidade cultural. A abordagem multidisciplinar é um tributo ao conceito que se perfilha de Constituição, que não pode ser vista como uma entidade independente do mundo do ser, mas antes como uma síntese complexa entre *texto constitucional*, *realidade* e *valores jurídicos básicos* da comunidade política – como, de resto, aprofundaremos. Não se trata, pois, certamente, de empreender estudos sociológicos ou antropológicos autónomos<sup>12</sup>, mas de procurar nestas ciências sociais elementos extra-jurídicos de apoio à interpretação e densificação da proteção jusfundamental.

A par do contributo das ciências sociais para a compreensão da diversidade cultural, comprovou-se a necessidade de recorrer à teoria e à filosofia políticas, pela centralidade que, após um período de indiferença, aí assumiram os temas da identidade e da diversidade culturais. Registe-se o acerto da observação de BONILLA MALDONADO, notando que a teoria multicultural oferece “uma estrutura conceptual para guiar a prática constitucional”, sendo embora certo que, enquanto a teoria multicultural tenta solucionar problemas abstractos de maneira abstracta, à prática constitucional cabe solucionar problemas concretos de maneira concreta<sup>13</sup>.

---

<sup>10</sup> PATRÍCIA JERÓNIMO, “Direito...”, cit., p. 345-346.

<sup>11</sup> J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.ª ed., Coimbra, Almedina, 2003, p. 19.

<sup>12</sup> Vejam-se, a propósito, as advertências de JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO, *A estruturação do sistema de direitos, liberdades e garantias na Constituição portuguesa*, vol. I, Coimbra, Almedina, 2006, p. 87.

<sup>13</sup> DANIEL BONILLA MALDONADO, *La Constitución...*, cit., p. 107 ss.

Não se tratando, *in casu*, de uma tese de Direito Comparado - por ausência de uma grelha de comparação e de recurso a métodos de comparação sistemática<sup>14</sup> - o recurso a ordenamentos constitucionais estrangeiros resultará essencialmente de um apelo ao “alargamento de razões” que, como veremos, caracteriza hoje o “modo de ser” do direito na internormatividade. Num plano diferente, o pluralismo normativo e o alargamento dos direitos fundamentais para além do Estado explicam a necessidade do recurso a dimensões normativas internacionais e euro-comunitárias.

Finalmente, conceber a constituição como uma *constituição aberta a uma comunidade de intérpretes plural* tem necessárias implicações sobre a tarefa de investigação, impondo tomar em consideração os contributos da doutrina e da jurisprudência, do Tribunal Constitucional bem como de outras jurisdições relevantes em matéria de direitos fundamentais, às quais se entende hoje o diálogo na rede de interjusfundamentalidade.

### **3. Indicação de sequência**

Sendo o presente estudo um estudo de direito constitucional, em especial de direitos fundamentais, dedica-se a PARTE I aos conceitos de constituição e de direitos fundamentais, compreendidos na arena global, para aí descortinar o sentido, e a justificação, de uma abordagem assente na constituição nacional. Em especial, abordamos a compatibilidade entre constitucionalismo e diversidade a partir dos conceitos de pluralismo, inclusividade e identidade (Cap. I) para, de seguida, nos ocuparmos dos direitos fundamentais entre ordens jurídicas (Cap. II).

A PARTE II tem por objetivo esclarecer, primeiro (Cap. I), o sentido da multiculturalidade e enquadrar o debate multiculturalista – *rectius*, os debates multiculturalistas – para, assim, problematizar a possível atitude cultural do Estado (Cap. II). Em alternativa à proposta multicultural, ao menos se entendida num determinado sentido, *id est*, como conducente à “fragmentação” social e identitária, aborda-se o modelo de “justiça intercultural” (Cap. III). Como oportunamente frisaremos, perante a impossibilidade, e desnecessidade (dada a profusão do seu tratamento teórico), de rever todas as questões teóricas associadas à problemática

---

<sup>14</sup> *Vd.* CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Introdução ao Direito Comparado*, Coimbra, Almedina, 1998 e, também, JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO, *A estruturação...*, vol. I, cit., p. 107.

multiculturalista, optámos por revisitar e discutir as questões que se revestem de centralidade para a reflexão que nos ocupa e para a compreensão da tutela jurídica da identidade e da diversidade culturais. Fizemo-lo ainda procurando dar conta de contributos vindos de diferentes tradições de pensamento político, por um lado, e incorporando e discutindo os posicionamentos críticos, por outro.

De seguida, e depois de um périplo breve pelos ordenamentos juspositivos relevantes, designadamente tendo em conta as exigências da metódica multinível de aplicação dos direitos fundamentais que se justificou na Parte I, procuraremos estabelecer as coordenadas de uma compreensão jusfundamental da diversidade e identidade culturais, *maxime* os princípios fundamentais possibilitadores do diálogo intercultural, bem como concretizar os termos da inclusividade constitucional através de uma abordagem combinada assente nos direitos fundamentais e no princípio da igualdade, e ilustrada através de um esforço de problematização em torno de hipóteses concretas (PARTE III).

Terminaremos com a apresentação de uma SÍNTESE CONCLUSIVA.

# PARTE I

## DA CONSTITUIÇÃO COMO LIMITE À CONSTITUIÇÃO COMO FUNDAMENTO

*“Temos que nos concentrar não no choque de civilizações que foi fabricado mas sim no lento trabalho conjunto de culturas que se sobrepõem, que recorrem umas às outras, e que vivem juntas de formas incomparavelmente mais interessantes do que qualquer tipo de compreensão resumida ou inautêntica permite. Mas para este tipo de percepção mais ampla precisamos de tempo e de uma investigação paciente e cética que tenha fé nas comunidades de interpretação, tão difíceis de sustentar num mundo que exige ação instantânea e reação instantânea”.*

(EDWARD W. SAID, *Orientalismo*, Prefácio (2003), Lisboa, Edições Cotovia, 2004, p. XXIV)

### CAPÍTULO I – O constitucionalismo na “era da diversidade”<sup>15</sup>

#### 1. Entre o triunfalismo e a nostalgia

Os conceitos (não necessariamente sobreponíveis) de constituição e de constitucionalismo, recentes na história das instituições políticas e que conheceram notável expansão<sup>16</sup>, pertencem hoje ao leque dos “conceitos discutidos”<sup>17</sup>. Por essa

---

<sup>15</sup> Tomámos a expressão “era da diversidade” da obra de JAMES TULLY intitulada *Strange Multiplicity*, de 1995, a que aludimos ao longo deste trabalho.

<sup>16</sup> Referimo-nos, pois, ao constitucionalismo moderno e ao conceito moderno de constituição, que despontaram no século XVIII, e não à Constituição em sentido histórico-universal e em sentido institucional. Sobre a questão, entre outros, JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, Tomo II, 4.<sup>a</sup> ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2000, p. 13 ss., PAULO FERREIRA DA CUNHA, *Direito Constitucional Geral*, Lisboa, Quid Iuris, 2006, p. 97 ss., MARIA LÚCIA AMARAL, *A forma da República*, Coimbra, Coimbra Editora, 2005, p. 11 ss. Tal não arreda, naturalmente, a utilidade dos conceitos a que aludimos em último lugar, e também na discussão sobre o constitucionalismo para além do Estado – assim, sustentando, a propósito da “constituição europeia”, um conceito abrangente de constituição que implique o conceito histórico-universal, *vd.* PAULO FERREIRA DA CUNHA, *Novo Direito Constitucional Europeu*, Coimbra, Almedina, 2005, p. 178 e *passim*.

<sup>17</sup> NEIL WALKER/ STEPHEN TIERNEY, “Introduction. A Constitutional Mosaic? Exploring the New Frontiers of Europe’s Constitutionalism”, in *Europe’s...*, cit., p. 1 ss., p. 4 e DIETER GRIMM, “The achievement of constitutionalism and its prospects in a changed world”, in PETRA DOBNER/ MARTIN LOUGHLIN (eds.), *The twilight of constitutionalism?*, Oxford, Oxford University Press, 2010, p. 3 ss. Entre nós, sobre as diversas aceções de constitucionalismo, MARIA LÚCIA AMARAL, *A forma...*, cit., p. 39 ss. e 43 ss. e MARIANA CANOTILHO, *O princípio do nível mais elevado de proteção dos direitos fundamentais na UE*,



razão, afirmar – como o fizemos na Introdução – que a perspetiva adotada nesta dissertação é uma *perspetiva de direito constitucional* evoca hoje dimensões que, certamente, não evocaria se escrevêssemos há apenas algumas décadas atrás<sup>18</sup>. Os direitos fundamentais movimentam-se hoje numa “arena global”<sup>19</sup>, colocando questões de “interjusfundamentalidade”<sup>20</sup> que convocam a articulação entre diferentes níveis de proteção e, por conseguinte, de “constitucionalização”, assumida esta numa aceção gradativa e de intensidade variável, correntemente designada por “rede de interconstitucionalidade”.

Perante o constitucionalismo da “constelação pós nacional”, onde os “triumfalistas” veem o triunfo e expansão do constitucionalismo, os nostálgicos veem, com preocupação, um constitucionalismo ameaçado ou mesmo evanescente<sup>21</sup>. A crise ou o crepúsculo da constituição e/ou do constitucionalismo expõem o constitucionalismo ‘ferido’, nos seus pilares essenciais, pela globalização, e ameaçado pela dupla disjunção entre “política” e “Estado” e entre “Estado” e “Constituição”<sup>22</sup>.

O constitucionalismo acha-se hoje entre duas tendências opostas: a tendência para um constitucionalismo transnacional e para uma potencial expansão global, por um lado, e a tendência para a fragmentação, particularização e destruição da sua estabilidade, designadamente por via das chamadas políticas de identidade<sup>23</sup>, mas

---

Coimbra, Universidade de Coimbra, 2008, p. 17 ss., disponível no sítio da Biblioteca Infoeuropa em [https://infoeuropa.eurocid.pt/registo/000047387/documento/0001/\[10/05/2013\]](https://infoeuropa.eurocid.pt/registo/000047387/documento/0001/[10/05/2013]), explorando o que significa falar hoje em constitucionalismo e, em especial, identificando cinco usos para a expressão “constitucionalismo”, um axiológico, um estrutural, um procedimental, um normativo e um técnico (ob. cit., p. 24).

<sup>18</sup> Sobre as “fronteiras” do Direito Constitucional, CRISTINA QUEIROZ, *Direito Constitucional*, Coimbra, Coimbra Editora, 2009, p. 393 ss.

<sup>19</sup> A expressão é de SUZANA TAVARES DA SILVA, *Direitos Fundamentais na Arena Global*, Coimbra, Imprensa Universidade Coimbra, 2011, p. 9.

<sup>20</sup> JÓNATAS MACHADO/ J.J.GOMES CANOTILHO, “Metódica Multinível: Acordos Internacionais do Estado Português com Comunidades Religiosas”, in *RLJ*, n.º 3962, 2010, p. 254-269, p. 258.

<sup>21</sup> MATTIAS KUMM, “The Best of Times and the Worst of Times. Between Constitutional Triumphalism and Nostalgia”, in *The twilight...*, cit., p. 201 ss., p. 201 e 202.

<sup>22</sup> PETRA DOBNER/ MARTIN LOUGHLIN, “Introduction”, in *The twilight...*, cit., p. xi e MATTIAS KUMM, “The Best...”, cit., p. 201 ss., respetivamente. Entre nós, recentemente, RUI MEDEIROS, “Intervenção no VI Encontro de Professores de Direito Público”, Porto, Escola de Direito do Porto da Universidade Católica Portuguesa, 25/01/2013.

<sup>23</sup> MICHEL ROSENFELD, *The Identity of the constitutional subject*, Londres, Routledge, 2010, p. 3 e, também, SEYLA BENHABIB, *Las reivindicaciones...*, cit., p. 290 ss. Aludindo a uma fragmentação da cidadania em virtude da proliferação de identificações minoritárias, MICHEL

também perante o processo de diferenciação social que leva ao surgimento de “constituições parcelares” e desafia a função tradicional dos modelos constitucionais como garantes da unidade política ao nível nacional, por outro<sup>24</sup>. A ligação do conceito de constituição ao estado soberano nacional leva a que, no primeiro, se reflitam as profundas alterações que este último vem sofrendo, assumindo-se a expansão do constitucionalismo para além do Estado como causa e resposta à “erosão da estatalidade” que desafia a capacidade constitucional para fundar e regular o exercício do poder político num determinado território<sup>25</sup>, anunciando, nalgumas perspetivas, um constitucionalismo sem Estado mas também sem soberania.

A desterritorialização e a desmaterialização do Estado articulam-se com outra dimensão, a que aludiremos também *infra*, qual seja a da pluralidade de pertenças, que conduz a um cosmopolitismo multinivelado de “lealdades pessoais” e de cidadanias, plurais e sobrepostas<sup>26</sup>. A ideia de “múltiplas pertenças” num espaço social poliárquico aponta, também ela, para um enfraquecimento do Estado, enfraquecimento este que ocorre, não apenas através de “perdas” para instâncias supranacionais e internacionais, mas também infraestaduais, mais ou menos institucionalizadas, *e.g.* comunidades de base etnocultural. O conceito de múltiplas pertenças, fundamental para a compreensão da tutela da identidade cultural, reconduz-se assim a uma tendência mais ampla de reforço do elemento pessoal, quando, se é certo que o Direito sempre esteve ao serviço da pessoa<sup>27</sup>, o seu âmbito de aplicação se

---

COUTOU, “Citoyenneté et légitimité. Le patriotisme constitutionnel comme fondement de la référence identitaire”, in *DS*, nº 40, 1998, p. 631 ss., p. 632. Sobre a desagregação da cidadania, ainda SEYLA BENHABIB, *Los derechos de los otros, extranjeros, residentes y ciudadanos*, Barcelona, Gedisa, 2005, p. 61 ss.

<sup>24</sup> THOMAS VESTING, “Ende der Verfassung?”, in THOMAS VESTING/STEFAN KORIOH (org.), *Der Eigenwert des Verfassungsrechts*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2011, p. 71 ss.

<sup>25</sup> DIETER GRIMM, “The achievement...”, cit., p. 4 e “Types of constitutions”, in MICHEL ROSENFELD/ANDRÁS SAJÓ (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford, Oxford University Press, 2012, p. 98 ss., p. 130 ss. Sobre a relação entre estatalidade e territorialidade, esta última entendida ou em termos proprietaristas ou como “jurisdição” e, neste sentido, soberania, *vd.* ULRICH PREUSS, “Disconnecting Constitutions from Statehood. Is global constitutionalism a viable concept?”, in *The twilight...*, cit., p. 23 ss., p. 26 ss.

<sup>26</sup> PAULO RANGEL, “Transconstitucionalismo versus Interconstitucionalidade – uma leitura crítica do pensamento transconstitucional de Marcelo Neves”, in *Tribunal Constitucional: 35.º Aniversário da Constituição de 1976*, vol. I, Coimbra, Coimbra Editora/Wolters Kluwer, 2012, p. 151 ss., p. 162 ss.

<sup>27</sup> JORGE MIRANDA, *Manual...*, Tomo III, 6.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2010, p. 244 ss.

recortava tradicionalmente por recurso ao território estadual, refletindo-se também aqui, como noutros campos, uma tendência para a “privatização”.

Mesmo que adotemos a (*supra* referida) *atitude nostálgica*, nem sempre é certo a que se refere a discussão, se ao fim do constitucionalismo ou apenas ao fim do constitucionalismo tal como o conhecemos<sup>28</sup>, por um lado, ou se à crise do constitucionalismo, à crise do Estado (nação) ou à crise da soberania estadual<sup>29</sup>, por outro. Do que se trata, mais propriamente, é de um constitucionalismo em mudança, ainda que de rumo incerto<sup>30</sup>, e em expansão, colocado perante a necessidade de se repensar e renovar<sup>31</sup>. Constitucionalismo esse que, como é frequentemente salientado no contexto do(s) chamado(s) neoconstitucionalismo(s), pode simultaneamente referir-se ao constitucionalismo como modelo, como ideologia ou como teoria (e, em especial, como teoria do Direito alternativa ao positivismo em crise)<sup>32</sup>.

---

<sup>28</sup> Aludimos aqui à expressão de MING-SUNG KUO, “The End of Constitutionalism as We Know It? Boundaries and the State of Global Constitutional (Dis)Ordering”, in *TLT*, vol. 1, n.º 3, 2010, p. 32 ss..

<sup>29</sup> Sobre o “Estado pós-moderno” e o “Estado herói local”, J. J. GOMES CANOTILHO, “*Brançosos*” e *interconstitucionalidade. Itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional*, Coimbra, Almedina, 2006, p. 131 ss., 183 ss. e 227 ss. Sobre a crise do Estado e da sua soberania, evocando Georg SORENSEN, *The transformation of the State*, 2010, vd. CRISTINA QUEIROZ, *Direito Constitucional Internacional*, Coimbra, Coimbra Editora/Wolters Kluwer, 2011, p. 34, sustentando, em síntese, que terá ocorrido uma compensação, tendo o Estado abdicado de algumas funções tradicionais reguladoras no plano interno e do domínio sobre certas matérias e, em contrapartida, ganho outras, aumentando as suas competências e capacidades no plano internacional. Neste sentido, também, MARCELO NEVES, *Transconstitucionalismo*, São Paulo, Martins Fontes, 2009, p. 34 e, ainda, J. A. FROWEIN, “Constitutionalism in the face of the changing nation state”, in CHRISTIAN STARCK (org.), *Constitutionalism, Universalism and Democracy. A Comparative Analysis (The German Contributions to the Fifth World Congress of the International Association of Constitutional Law)*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1999, p. 54 ss., p. 54-55, aludindo a um “ideal” de Estado-nação contraposto à realidade diversificada dos estados. Finalmente, uma análise juspositiva do impacto da supranacionalidade na configuração da separação de poderes estadual no caso português pode encontrar-se em CARLOS BLANCO DE MORAIS, *Curso de Direito Constitucional*, Tomo I, Coimbra, Coimbra Editora, 2008, p. 45 ss.

<sup>30</sup> PETRA DOBNER/ MARTIN LOUGHLIN, “Introduction”, cit., p. xvi.

<sup>31</sup> PAULO RANGEL, “Transconstitucionalismo...” cit., p. 166 ss.

<sup>32</sup> Segundo ANTÓNIO CAVALCANTI MAIA, “As transformações dos sistemas jurídicos contemporâneos: apontamentos acerca do neoconstitucionalismo”, in REGINA QUARESMA, MARIA LÚCIA DE PAULA OLIVEIRA/ FARLEI MARTINS RICCIO DE OLIVEIRA (coord.), *Neoconstitucionalismo*, Rio de Janeiro, Forense, 2009, p. 5 ss., p. 14, o neoconstitucionalismo pode ser visto como “um certo tipo de estado de direito caracterizando uma determinada forma de organização política”, como uma teoria do direito que descreve esse modelo e como filosofia política ou ideologia que justifica esse modelo. PAOLO COMMANDUCCI, “Formas de (neo)constitucionalismo: un analyses metateórico”, in MIGUEL CARBONELL (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, 2003, p. 75 ss., distingue constitucionalismo e

Dado que não prescinde, ou não deve prescindir, de ter por pano de fundo uma teoria do constitucionalismo<sup>33</sup>, a reflexão sobre a possibilidade de um constitucionalismo pós-nacional<sup>34</sup> ou emancipado do Estado<sup>35</sup> - e não necessariamente *sem* Estado - convoca e discute questões centrais para a compreensão atual da problemática constitucionalista. Referimo-nos à relação entre Constituição e Estado<sup>36</sup> e entre constitucionalismo, soberania e democracia<sup>37</sup>, à articulação entre constitucionalismo como técnica de racionalização do poder, como limite e como fundamento<sup>38</sup>, assumindo diferentes intensidades<sup>39</sup>, às diversas concepções de

---

neoconstitucionalismo como teoria e/ou ideologia e/ou método de análise do direito e como “elementos estruturais de um sistema jurídico e político, que são descritos e explicados pelo (neo)constitucionalismo como teoria ou que satisfazem os requisitos do (neo)constitucionalismo como ideologia”, ou seja, um modelo constitucional ou conjunto de mecanismos normativos e institucionais que limitam os poderes do Estado e/ou protegem os direitos fundamentais. Entre nós, ANTÓNIO HESPAÑA/ TERESA BELEZA (coord.), *Teoria da Argumentação e Neo-Constitucionalismo*, Coimbra, Almedina, 2011 e, aludindo ao constitucionalismo em sentido ideal e como técnica jurídica ou prática de governo limitado, MARIA LÚCIA AMARAL, *A forma...*, cit., p. 40 ss.

<sup>33</sup> MIGUEL MADURO, “Constitutional pluralism as the theory of european constitutionalism”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho*, Tomo II, Coimbra, Coimbra Editora, 2012, p. 450 ss., p. 450.

<sup>34</sup> INGOLF PERNICE, “The Treaty of Lisbon: multilevel constitutionalism in action”, in *CJEL*, vol. 15, n.º 3, 2009, p. 349 ss., p. 365 ss.

<sup>35</sup> MARCELO NEVES, *Transconstitucionalismo*, cit., p. XX (Introdução) e p. 1 ss.

<sup>36</sup> Sobre a questão, remetemos para os contributos de DIETER GRIMM, “The achievement...”, cit., e de ULRICH PREUSS, “Disconnecting...”, cit., pronunciando-se contra e a favor de tal possibilidade. Para alguns autores, trata-se de reconhecer que as constituições, ainda que sirvam os fins de institucionalização do Estado, são constituições *da* sociedade (como resulta, designadamente, do art. 16.º da DDHC) e, por conseguinte, poderão cumprir a sua função primária – estabelecer um regime de autogoverno coletivo pela constituição de um “*we the people*” - mesmo em sociedades não contidas em Estado. Na perspetiva de ULRICH PREUSS, “Disconnecting...”, cit., p. 46, “as constituições podem criar esquemas de cooperação que estejam para lá de fronteiras físicas, sociais e culturais porque não pressupõem valores partilhados ou compreensões partilhadas de práticas sociais”. O que estaria em causa seria a superação do paradigma do constitucionalismo do estatismo democrático por uma concepção ‘prática’ de constitucionalismo, que reconhece uma pluralidade de fontes de autoridade constitucional para além das constituições nacionais, nota MATTIAS KUMM, “The Best...”, cit., p. 203 e 212 ss.

<sup>37</sup> CRISTINA QUEIROZ, *Direito Constitucional Internacional*, cit., p. 63-64.

<sup>38</sup> INGOLF PERNICE, “The Treaty...”, cit., p. 365 ss. Também MICHEL ROSENFELD, *The identity...*, cit., p. 269, discutindo a hipótese de um sujeito constitucional transnacional e de uma identidade constitucional *global*, considera que, no universo jurídico pluralista segmentando e estratificado, é do interesse de cada unidade jurídica adotar uma “constituição estrutural” por razões internas (auto-organização) e externas (interação com as demais unidades).

constituição e de constitucionalismo subjacentes<sup>40</sup>, à (re) configuração poder constituinte<sup>41</sup>, à possibilidade de uma constitucionalização de diferente intensidade e geometria variável<sup>42</sup> (ou, noutra perspetiva, de uma administrativização<sup>43</sup>), capaz de abarcar a sociedade como um todo, ao esvaziamento da dimensão política<sup>44</sup> e da

---

<sup>39</sup> A reconstrução (ao jeito de um experimentalismo constitucional) do conceito de constitucionalismo, que surgiu associado ao Estado, adaptando-o às circunstâncias de uma entidade política supranacional como a UE, daria lugar a uma versão mais branda de constitucionalismo, um “constitucionalismo de baixa intensidade” (MADURO) ou “constitucionalismo com um “c” minúsculo” (NEIL WALKER), uma “forma mais anémica do que a do seu parente estatal” (MAC AMHLAIGH), *vd.* CORMAC MAC AMHLAIGH, “The European Union’s Constitutional Mosaic: Big “C” or Small “c”, is that the question?”, *in Europe’s...*, cit., p. 21 ss., p. 31 ss. Entre nós, MARIA LÚCIA AMARAL, *A forma...*, cit., p. 39 ss. e 413 ss. Em sentido mais amplo, sobre o constitucionalismo global como oscilando entre o “constitucionalismo fragmentado” e o “constitucionalismo seletivo”, MING-SUNG KUO, “The End...”, cit.

<sup>40</sup> Discutindo a questão a propósito da constitucionalização da UE, CORMAC MAC AMHLAIGH, “The European...”, cit., p. 21 ss. e INGOLF PERNICE, “The Treaty...”, cit., p. 365 ss. e 373 ss. Sobre a questão da necessidade de superação e/ou renovação do conceito de constituição, PAULO RANGEL, “Transconstitucionalismo...”, cit., p. 156 ss. e MARCELO NEVES, *Transconstitucionalismo*, cit., p. 131 ss.

<sup>41</sup> J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional...*, cit., p. 1428 ss. e CRISTINA QUEIROZ, *Poder constituinte, democracia e direitos fundamentais*, Coimbra, Coimbra Editora, 2013, *passim*.

<sup>42</sup> Noutra perspetiva, o “constitucionalismo” teria dado lugar à “constitucionalização” enquanto conjunto de processos destinados a submeter os poderes públicos de todos os tipos a uma disciplina constitucional de normas e procedimentos (que parece corresponder ao que, noutras terminologias, se designa por neoconstitucionalismo), ou seja, uma reconfiguração da teoria política do constitucionalismo como “metateoria” que estabelece os padrões de legitimidade para o exercício do poder público onde quer que este se encontre. Nesta perspetiva, a constitucionalização faria parte de um conjunto de tendências sobre a governança – privatização, “*marketização*”, contratualização – destinadas a limitar os governos, orientar a sua ação e aumentar a capacidade de responsabilização e prestação de contas, nascida da reconfiguração dos valores do constitucionalismo, da extensão do seu alcance e do enfraquecimento da relação entre constitucionalismo e estado-nação. *Vd.* MARTIN LOUGHLIN, “What is Constitutionalisation?”, *in The twilight...*, cit., p. 47 ss. e, também, ERIKA DE WET, “The constitutionalization of the public international law”, *in The Oxford...*, cit., p. 1209 ss.

<sup>43</sup> Finalmente, para outros, do que se trata, mais propriamente, é, não de uma constitucionalização da ordem global, mas de uma “administrativização”, dando origem a um “direito administrativo global” como “constitucionalismo de letra minúscula”, MING-SUNG KUO, “Taming Governance with Legality? Critical Reflections upon Global Administrative Law as Small-c Global Constitutionalism”, *in JILP*, vol. 44, 2011, p. 55 ss.

<sup>44</sup> A possibilidade de expansão do constitucionalismo para além do Estado parece, por sua vez, assentar na dimensão jurídica, *id est*, no constitucionalismo como conjunto de “recursos normativos” e “estruturas de poder”, mais que na política, sugerindo uma globalização do conceito de constituição e de constitucionalismo conseguida à custa de um esvaziamento do carácter político e simbólico do constitucionalismo como construção de destinos partilhados num contexto politicamente multiforme, *vd.* NEIL WALKER/STEPHEN TIERNEY, “Introduction...”, cit., p. 6-7. Evoque-se ainda, num outro sentido, *o constitucionalismo*

dimensão democrática do constitucionalismo, às funções da constituição e, designadamente, à sua função integradora, à contraposição entre dimensões abstratas e universais e dimensões culturais (inelimináveis) da constituição<sup>45</sup>, bem como, no contexto de uma normatividade complexa e multinivelada que não se restringe ao espaço europeu, à configuração de um direito das relações (hierárquicas ou heterárquicas) entre diferentes níveis ou ordens normativas (e seus conflitos)<sup>46</sup>. Importa, igualmente, notar que a progressiva afirmação de um direito constitucional global reflete as tendências, opostas mas convergentes, de “constitucionalização do direito internacional” e de “internacionalização do direito constitucional”, que se cifram numa aproximação e interação recíproca entre os domínios jurídicos domésticos e internacionais<sup>47</sup> - visível, designadamente, no domínio dos direitos fundamentais.

A reflexão a que vimos aludindo faz-se, por conseguinte, sob a égide das perspetivas, não necessariamente coincidentes, do constitucionalismo global, do “constitucionalismo multinível” e da “constituição pós-nacional”<sup>48</sup>, do transconstitucionalismo<sup>49</sup> e da interconstitucionalidade<sup>50</sup>.

---

*societal*, tal como desenvolvido por exemplo por GUNTHER TEUBNER, “Transnational fundamental rights: horizontal effects?”, *in R&R*, n.º 40, 2011, p. 191 ss.

<sup>45</sup> A constitucionalização desliga, igualmente, a autoridade da constituição e a comunidade ou cultura de um povo, assumindo-se, por conseguinte, como projeto universalista, *vd.* MARTIN LOUGHLIN, “What is...”, *cit.*, p. 59 ss.

<sup>46</sup> MIGUEL MADURO, “Constitutional...”, *cit.*, p. 450 ss. e, em especial no que diz respeito aos direitos fundamentais, MARIANA CANOTILHO, *O princípio...*, *cit.*, *passim*. Preferindo falar, a propósito do pluralismo jurídico no espaço europeu de direitos fundamentais, de uma hierarquia de normas encimada pelos direitos humanos e uma heterarquia de tribunais, sem relações de hierarquia entre si, mas complementando-se na proteção daqueles, SIONAIDH DOUGLAS-SCOTT, “Europe’s Constitutional Mosaic: Human Rights in the European Legal Space-Utopia, Dystopia, Monotopia or Polytopia?”, *in Europe’s...*, *cit.*, p. 127 ss.

<sup>47</sup> Sobre estes conceitos, em especial sobre a internacionalização do direito constitucional, suas manifestações e causas, WEN-CHEN CHANG/JIUNN-RONG YEH, “Internationalization of constitutional law”, *in The Oxford...*, *cit.*, p. 1166 ss.

<sup>48</sup> INGOLF PERNICE, “The Treaty...”, *cit.*, p. 365 ss. e 372 ss.

<sup>49</sup> MARCELO NEVES, *Transconstitucionalismo*, *cit.* e PAULO RANGEL, “Transconstitucionalismo...”, *cit.*

<sup>50</sup> Na formulação de GOMES CANOTILHO, na senda de FRANCISCO LUCAS PIRES, *vd.* PAULO RANGEL, “Uma teoria da interconstitucionalidade: pluralismo e constituição no pensamento de Francisco Lucas Pires”, *in Themis*, ano I, n.º 2, 2000, p.127 ss. Sobre a teoria da interconstitucionalidade, terminologia que considera preferível a “multilevel constitutionalism”, J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional...*, *cit.*, p. 1423 ss. e “*Brançosos*”..., *cit.*, p. 263 ss., bem como PAULO RANGEL, “Transconstitucionalismo...”, *cit.*, p. 154 ss.

A determinação da natureza constitucional da UE assume protagonismo na discussão sobre a emergência, a par das nacionais, de “constituições internacionais”<sup>51</sup>. A opção por uma abordagem pluralista não se funda, ou não se funda apenas, em pretensões empíricas ou no reconhecimento de um determinado ‘estado de coisas’, mas na compreensão de que o pluralismo é inerente ao constitucionalismo<sup>52</sup>. Na expressão de MADURO, o constitucionalismo visa simultaneamente garantir e regular o pluralismo, “um pluralismo de interesses, ideias e visões do bem comum que se reflete nos paradoxos do constitucionalismo e no balanceamento entre a deliberação democrática e os direitos constitucionais”, sendo que os paradoxos a que alude - o paradoxo da comunidade política como limite à democracia, o paradoxo do medo de muitos e do medo de poucos (ou limitação da democracia pela constituição) e o paradoxo de quem decide o quê? – mostram um constitucionalismo recetivo à natureza cambiante da autoridade política e do espaço político, captado através da opção pluralista<sup>53</sup>.

O recurso à metáfora do “mosaico constitucional”<sup>54</sup> para caraterizar o espaço europeu permite contrapor a uma configuração constitucional centrada no Estado (configuração vestefaliana) um padrão emergente baseado na pluralidade mais que na singularidade do campo constitucional, na diversidade mais que na uniformidade das partes, em relações heterárquicas mais que hierárquicas e em fronteiras (internas e externas) fluidas mais que fixas. Neste mosaico, composto, cada parte tem “jurisdição constitucional parcial”<sup>55</sup> e competências estreitamente correlacionadas em diversas

---

<sup>51</sup> Aludimos à distinção proposta por DIETER GRIMM, “Types...”, cit., p. 129 ss. Criticando o “uso inflacionário” do termo “constituição”, que identifica com a “tendência de sempre identificar a existência de uma nova Constituição quando surge uma ordem, instituição ou organização jurídica na sociedade contemporânea”, MARCELO NEVES, *Transconstitucionalismo*, cit., p. XX (Introdução).

<sup>52</sup> MIGUEL MADURO, “Constitutional...”, cit., p. 469. Ou seja, enquanto a tese empírica sobre o pluralismo normativo se limita a constatar que a questão da autoridade constitucional final permanece aberta, a justificação normativa sustenta que ela *deve* permanecer aberta, fazendo prevalecer a heterarquia sobre a hierarquia – *vd. ob. cit.*, p. 459 ss.

<sup>53</sup> MIGUEL MADURO, “Constitutional...”, cit., p. 463.

<sup>54</sup> NEIL WALKER/STEPHEN TIERNEY, “Introduction...”, cit., p. 8 ss.

<sup>55</sup> No mesmo sentido, a propósito da constituição nacional, J. J. GOMES CANOTILHO, “*Brançosos*”..., cit., p. 109-110, nota que a constituição torna-se *parcial*, ao menos no sentido em que partilha o seu campo de regulação com outras ordens candidatas à constitucionalidade, tendo de adequar-se, no plano político e no plano normativo, aos esquemas regulativos das novas “associações abertas de estados nacionais abertos”.

matérias<sup>56</sup>. Em consequência, é o próprio princípio do Estado de Direito que tem de ser reformulado, acompanhando a “perda” ou “reconfiguração” da função de garantia das constituições nacionais, propondo-se mesmo um “novo modelo”, o da “ordem constitucional de Direito ampliada ao plano supranacional”<sup>57</sup>.

Não obstante o protagonismo que a União assume, centrar nela a discussão, ainda que apenas no espaço europeu, não dá uma imagem completa da “configuração constitucional complexa da Europa contemporânea”, havendo que levar em conta, para além de novos atores transnacionais privados, outras estruturas jurídicas dotadas de autoridade, como o Conselho da Europa ou entidades infraestaduais e entidades não europeias, cujas relações criam “redes” de autoridade jurídica de densidade crescente<sup>58</sup>.

A matéria dos direitos fundamentais permite, mais uma vez, ilustrar essa complexidade normativa, pressupondo a articulação entre níveis de proteção, por sua vez também diversificados - internacionais, europeus e nacionais, públicos e privados.

---

<sup>56</sup> NEIL WALKER/ STEPHEN TIERNEY, “Introduction...”, cit., p. 8 ss. e PAULO RANGEL, “Por uma Europa Federal: o problema político e constitucional”, in *Economia, parlamentos, desenvolvimento e migrações: as novas dinâmicas bilaterais entre Brasil e Europa*, Rio de Janeiro, Konrad-Adenauer-Stiftung, 2012, p. 105 ss., p. 116, escrevendo que “a regra política fundamental apresenta-se agora como um feixe de ordens fragmentárias, em que a lei escrita se mistura com a realidade e o costume, em que a tábua sagrada nacional se tem de intercalar e articular com textos e costumes de aspecto global ou regional, de nível transnacional”.

<sup>57</sup> LUIGI FERRAJOLI, “Pasado y futuro del estado de Derecho”, in *Neoconstitucionalismo(s)*, cit., p. 13 ss., em especial p. 22 ss.

<sup>58</sup> NEIL WALKER/ STEPHEN TIERNEY, “Introduction...”, cit., p. 2-3. Quanto ao sistema da CEDH – “instrumento constitucional da ordem pública europeia dos direitos do homem”, vd. *Loizidou c. Turquia* (objeções preliminares), n.º 15318/89, 25/03/1995 - COHEN-JONATHAN evidencia o carácter constitucional das disposições da CEDH e a “função quase constitucional” do TEDH, cuja técnicas de interpretação utilizadas e o “poder de interpretação autêntica” das disposições da CEDH reconhecido pelos Estados o aproximam dos tribunais constitucionais, vd. GÉRARD COHEN-JONATHAN, “La function quasi constitutionnelle de la Cour Européenne des Droits de l’Homme”, in *Renouveau du droit constitutionnel. Mélanges en l’honneur de Louis Favoreu*, Paris, Dalloz, 2007, p. 1127 ss. Discutindo o desenvolvimento de um “modelo constitucional” no Conselho da Europa, SIONAIDH DOUGLAS-SCOTT, “Europe’s...”, cit., p. 97 ss.



## 2. O retorno ao Estado

Ora, se a reflexão constitucional se *desprende* do Estado, ela tem de lhe retornar, para determinar o papel do Estado e do seu Direito, *maxime* constitucional, nesta rede de internormatividade - ou seja, *o que lhe(s) resta*<sup>59</sup>.

A superação da conceção vestefaliana de Estado e, num contexto de pluralidade de poderes (poliarquia), o diagnóstico do enfraquecimento do Estado soberano<sup>60</sup>, não significam que o Estado esteja “moribundo”, ainda que se confronte com um processo de redefinição do seu lugar político<sup>61</sup>. Não nos cabendo discutir aqui o carácter ilusório de uma visão de mundo pós-nacional<sup>62</sup>, a eclosão de novos Estados nos séculos XX e XXI sugere que o Estado-nação, metamorfoseado, se mantém como instância importante de “racionalização e integração social” e, portanto, “mediador significativo” nas várias escalas, internas e externas, de inserção social dos indivíduos e de negociação dos seus interesses coletivos<sup>63</sup>. Afigura-se igualmente sustentável defender que é, ainda, a entidade mais capaz de assegurar, através da sua constituição, um conjunto de “valores culturais e civilizacionais das comunidades de pessoas”<sup>64</sup>, aí incluídos os valores e as práticas democráticas<sup>65</sup> – sem

---

<sup>59</sup> Aludimos aqui a uma expressão de J. J. GOMES CANOTILHO, “*Brançosos...*”, cit., p. 187.

<sup>60</sup> J. C. VIEIRA DE ANDRADE, “Conclusões”, in *Tribunal Constitucional: 35.º Aniversário da Constituição de 1976*, vol. I, Coimbra, Coimbra Editora/Wolters Kluwer, 2012, p. 175 ss., p. 176. Sobre a questão, AFONSO D’OLIVEIRA MARTINS, “O Estado em transformação: alguns aspectos”, in *Homenagem ao Prof. Doutor Diogo Freitas do Amaral*, Coimbra, Almedina, 2010, p. 329 ss.

<sup>61</sup> PAULO RANGEL, “Transconstitucionalismo...” cit., p. 173 e MARIANA CANOTILHO, *O princípio...*, cit., p. 26 ss.

<sup>62</sup> Resultante de uma apreensão apenas parcelar da realidade, como sugeria, em 2005, TONY JUDT, *Pós-guerra. História da Europa desde 1945*, Edições 70, 2010, p. 894.

<sup>63</sup> FERNANDO CATROGA, “Pátria, nação e nacionalismo”, in JOSÉ MANUEL SOBRAL/JORGE VALA (org.), *Identidade Nacional, Inclusão e Exclusão Social*, Lisboa, ICS, 2010, p. 33 ss, p. 64, notando que, a segunda metade do século XX e no início do século XXI, a Europa assiste simultaneamente à criação de novos Estados-nação e ao desenvolvimento e consolidação de movimentos autonomistas e nacionalistas, por um lado, e ao desejo de integração em estruturas internacionais e transnacionais, por outro. Neste sentido, partindo de uma teoria comunitarista liberal da constituição, WINFRED BRÜGGER, “Communitarianism as the social and legal theory behind the German Constitution”, in *ICON*, vol. 2, 2004, p. 431 ss., p. 443 ss.

<sup>64</sup> J. C. VIEIRA DE ANDRADE, “Conclusões”, cit., p. 177.

<sup>65</sup> O argumento da superioridade democrática da comunidade política estadual perante as comunidades supraestaduais, pode, a este respeito, ser mobilizado com proveito, ainda que não em termos absolutos - neste sentido, J. C. VIEIRA DE ANDRADE, “Conclusões”, cit., p. 181

prejuízo do reconhecimento de dimensões democráticas no plano supraestadual e de um movimento no sentido da democracia global<sup>66</sup>, no plano estadual a cadeia de legitimidade entre “*inputs* democráticos” e “*outputs* políticos” e a responsabilidade pelas decisões são mais fáceis de determinar do que no plano supraestadual<sup>67</sup>.

De acordo com a compreensão pluralista do campo constitucional, a emergência de um constitucionalismo global significa, pois, não a neutralização do constitucionalismo de base estadual, mas antes a sua abertura a um diálogo multinível<sup>68</sup> ou, mesmo, um reforço das democracias constitucionais nacionais<sup>69</sup>. Trata-se de combinar a “permeabilidade” do estado e da sua constituição a dimensões transnacionais com um certo grau de diferenciação das entidades locais, regionais, nacionais e supraestaduais<sup>70</sup>. O foco da atenção move-se, assim, para uma recompreensão das funções da constituição e para as relações que se estabelecem entre as diversas camadas ou atores da rede de interconstitucionalidade, avultando aí o pluralismo como “fenómeno de segunda ordem” ou “propriedade” das relações heterárquicas<sup>71</sup> que se estabelecem entre sistemas jurídicos e políticos<sup>72</sup> ou, na

---

e, ainda, ANTÓNIO HESPAÑA, *Cultura jurídica europeia: síntese de um milénio*, Coimbra, Almedina, 2012, p. 555. Com efeito, também na ordem jurídica internacional é possível identificar elementos democráticos - sobre a questão, CRISTINA QUEIROZ, *Direito Constitucional Internacional*, cit., p. 52 ss.

<sup>66</sup> GÜNTER FRANKENBERG, “Democracy”, in *The Oxford...*, cit., p. 250 ss.

<sup>67</sup> WINFRED BRÜGGER, “Communitarianism...”, cit., p. 444.

<sup>68</sup> J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional...*, cit., p. 1370 ss. e CRISTINA QUEIROZ, *Direito Constitucional*, cit., p. 408 ss.

<sup>69</sup> MIGUEL MADURO, “Constitutional...”, cit., p. 450 ss., sobre a legitimidade de uma “pretensão constitucional europeia.

<sup>70</sup> WINFRED BRÜGGER, “Communitarianism...”, p. 444 ss., exemplificando face à constituição alemã com a integração na UE e na comunidade internacional e com a ligação dos direitos humanos à *Grundgesetz*, apontando esta última dimensão para a distinção entre direitos reconhecidos a todos independentemente da sua nacionalidade e direitos constitucionalmente reconhecidos apenas a alemães.

<sup>71</sup> Como escreve MARCELO NEVES, *Transconstitucionalismo*, cit., p. 236-237, não se trata de aceitar qualquer “hierarquia entre níveis”, mas de “uma pluralidade de ordens cujos tipos estruturais, formas de diferenciação, modelos de auto compreensão e modos de concretização são fortemente diversos e peculiares, uma multiplicidade da qual resultam entrelaçamentos nos quais nenhuma das ordens pode apresentar-se legitimamente como detentora da *ultima ratio* discursiva”, em suma, de um “sistema multicêntrico, no qual, embora haja hierarquia no interior das ordens, prevalecem entre elas as relações heterárquicas (hierarquia entrelaçada e não escalonada)”. É disso exemplo o transconstitucionalismo pluridimensional de direitos humanos, ob. cit., p. 235 ss.

<sup>72</sup> Nas palavras de NEIL WALKER, “Rosenfeld's plural constitutionalism”, in *ICON*, vol. 8, 2010, p. 677 ss., p. 677-678, ele mesmo um “pluralista” do grupo de teóricos pluralistas.

perspetiva de MADURO, a recompreensão do pluralismo ínsito no constitucionalismo<sup>73</sup>.

Ora, como nota ROSENFELD na sua tentativa de sistematização de uma identidade constitucional transnacional, um universo juridicamente plural que se torna progressivamente mais inter-relacionado - mas também mais fragmentado - enfrenta problemas resultantes da complexidade, da pluralidade de identidades e da necessidade de “negociar e integrar, com sucesso, todas as relações intra e intercomunitárias com as quais é confrontado” no plano transnacional<sup>74</sup>. Ferramentas como a margem de apreciação, o federalismo, o princípio da subsidiariedade e o princípio da proporcionalidade permitem acomodar a diversidade sem comprometer (e promovendo) a convergência<sup>75</sup>.

Se rejeitarmos uma conceção puramente estrutural do constitucionalismo como organização de poder segundo regras jurídicas<sup>76</sup> - para a qual porventura bastaria o conceito de legalidade ou de juridicidade, não se reclamando especificamente da constitucionalidade<sup>77</sup> - e indagarmos o seu sentido material, somos remetidos para as “questões fundamentais” na origem do constitucionalismo, quais sejam a proteção dos direitos e garantias fundamentais dos indivíduos e a organização, em moldes de limitação e controlo, do poder estadual. Trata-se das “questões constitucionais” a que alude MARCELO NEVES<sup>78</sup>, que se obtêm desvinculando a noção de direito constitucional do constitucionalismo clássico ligado originariamente ao Estado como organização territorial<sup>79</sup>, e cujo tratamento deixou de ser “privilégio do direito constitucional do Estado”<sup>80</sup>, impondo um “diálogo” ou uma

---

<sup>73</sup> MIGUEL MADURO, “Constitutional...”, cit., p. 450 ss.

<sup>74</sup> MICHEL ROSENFELD, *The identity...*, cit., p. 272-273.

<sup>75</sup> *Idem*, cit., p. 271.

<sup>76</sup> Discutindo a hipótese de um sujeito constitucional transnacional e de uma identidade constitucional *global*, MICHEL ROSENFELD, *The identity...*, cit., p. 269-270, considera que no universo jurídico pluralista segmentado e estratificado, é do interesse de cada unidade jurídica adotar uma “constituição estrutural” por razões internas (auto-organização) e externas (interação com as demais unidades), identificando todavia uma convergência no sentido dos direitos e no sentido do *rule of law* ou, pelo menos, do *rule through law*.

<sup>77</sup> Sobre a questão, DIETER GRIMM, “Types...”, cit., p. 98 ss.

<sup>78</sup> MARCELO NEVES, *Transconstitucionalismo*, cit., p. 119 e PAULO RANGEL, “Transconstitucionalismo...”, cit., p. 153.

<sup>79</sup> MARCELO NEVES, *Transconstitucionalismo*, cit., p. 120 ss.

<sup>80</sup> *Idem*, cit., p. 295-297.

“conversação” transconstitucional”<sup>81</sup>. Como se terá oportunidade de referir *infra*, é visível uma convergência entre sistemas de proteção em torno dos direitos fundamentais - um “patriotismo de direitos humanos”, para usar a expressão de ROSENFELD<sup>82</sup>.

Em concepções como a de MARCELO NEVES, os diálogos no campo constitucional alargado não são apenas uma exigência funcional, mas também “pretensão normativa”<sup>83</sup>. A constituição estadual “apresenta-se como a instância básica de autofundamentação normativa do Estado como organização político-jurídica territorial”<sup>84</sup>. Enquanto “critério básico de auto compreensão da ordem jurídica estatal”, a constituição constitui um “nível inviolável” da ordem jurídica do Estado constitucional, mas pode envolver-se com outros níveis no jogo constitucional, o que significa “que, embora a constituição do Estado constitucional vincule normativamente os seus concretizadores, especialmente juízes e tribunais constitucionais, ela é reconstruída permanentemente mediante a sua interpretação e aplicação por esses mesmos concretizadores”. A sua proposta é radical no sentido de afastar uma qualquer pretensão de privilégio, ao nível estadual ou a qualquer outro, na resolução de questões constitucionais, propondo em alternativa a necessidade de “pontes de transição” e “conversações constitucionais”, uma “relação complementar entre identidade e alteridade” em que a identidade é “rearticulada a partir da alteridade”<sup>85</sup>.

Na perspetiva, não totalmente coincidente, do constitucionalismo como interconstitucionalidade, avulta o pressuposto da manutenção do valor e função dos sistemas constitucionais nacionais, em virtude do seu “carácter auto descritivo e auto referente” (as constituições nacionais integram a “rede” mas não perdem as suas funções identificadoras)”<sup>86</sup>, sem o qual não poderá falar-se em *diálogo*

---

<sup>81</sup> *Idem*, cit., p. 122.

<sup>82</sup> MICHEL ROSENFELD, *The identity...*, cit., p. 269-270.

<sup>83</sup> MARCELO NEVES, *Transconstitucionalismo*, cit., p. 237-238.

<sup>84</sup> *Idem*, cit., p. 295-297. À “constituição hercúlea” contrapõe “problemas hidraconstitucionais” cuja resolução impõe a articulação de observações recíprocas entre ordens jurídicas diversas, e, necessariamente, o reconhecimento dos limites da observação (“ponto cego”).

<sup>85</sup> *Idem*, cit., p. XXVII (Introdução).

<sup>86</sup> J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional ...*, cit., p. 1426 e “*Brançosos...*”, cit., p. 269.

*interconstitucional*. A teoria da interconstitucionalidade é assim, para além de expressão de intraorganizatividade, uma *teoria da interculturalidade constitucional*, tanto mais que uma teoria apenas da intraorganizatividade deixaria por explicar “o papel *integrador* dos textos constitucionais, que implica também inserir conteúdos comunicativos possibilitadores da estruturação de comunidades inclusivas”<sup>87</sup>. A cultura, na aceção tridimensional proposta por HÄBERLE – *id est*, nas suas dimensões tradicional, inovadora e pluralista (leia-se, aberta)<sup>88</sup> - forma o “contexto dos textos constitucionais” fornecendo a interconstitucionalidade e a interculturalidade “os espaços para o pluralismo de intérpretes, aberto e racionalmente crítico”<sup>89</sup>.

O Estado, sem deixar de o ser, torna-se *interconstitucional de Direito*, reflexo precisamente de uma “normatividade entrelaçada” que assume, também, dimensões constitucionais. A opção pluralista de fundo abre, precisamente, caminho a pensar o lugar do constitucionalismo estadual num contexto que é o de vários espaços em comunicação, de acordo com uma racionalidade própria, a uma “razão pública alargada”<sup>90</sup> na qual assumem protagonismo diálogos – *maxime*, jurisprudenciais - sobre “questões constitucionais transversais” (MARCELO NEVES).

Interessa, em todo o caso, perceber que lugar resta à constituição estadual no constitucionalismo multinível, ou seja, que papel continua a caber-lhe num espaço de integração e diálogo entre “níveis de constitucionalização”. E, em particular, que papel continua a caber-lhe na defesa dos direitos fundamentais quando se verifica que a função de proteção destes direitos é cada vez mais assumida por diversos “atores” e, designadamente, diversos tribunais. Paradoxalmente, nota SUZANA TAVARES DA SILVA, os direitos fundamentais, cuja proteção integra o núcleo da ideia de constituição e funcionaram muitas vezes como “motor das transições ou momentos constituintes”, podem vir acusados da aniquilação das constituições nacionais, na medida em que, tendo sido veículo de universalização, abriram a porta para a diluição

---

<sup>87</sup> J. J. GOMES CANOTILHO,, “*Brançosos...*”, cit., p. 270. Sobre a interculturalidade e a constituição mundial, também JOÃO LOUREIRO, “«É bom moral no azul»: a constituição mundial revisitada”, in *BFUDUC*, n.º 82, 2006, p. 181 ss.

<sup>88</sup> Sobre esta tridimensionalidade e sobre a cultura como horizonte da dogmática do Direito constitucional e da teoria da constituição como ciência da cultura, *vd.* PETER HÄBERLE, *Teoria de la constitución como ciência de la cultura*, Madrid, Tecnos, 2000, p. 24 ss.

<sup>89</sup> J. J. GOMES CANOTILHO, “*Brançosos*”..., cit., p. 279.

<sup>90</sup> ERNST-ULRICH PETERSMANN, “Multilevel judicial governance in European and international economic law”, *EUI Working Paper LAW*, 2013/03.

da identidade das constituições nacionais num constitucionalismo global de que estas são apenas um “nível”, possibilitando a transição do constitucionalismo ao transconstitucionalismo e deste ao poder supranacional fundado na “legitimidade pelos direitos humanos”<sup>91</sup>.

De um ponto de vista interno, a crise “identitária” do Estado-nação tornou-se patente não apenas através da diversidade resultante da imigração, mas também da afirmação de identidades nacionais, levando à distinção entre origem étnica ou nacional do pluriculturalismo, ou, na linguagem de KYMLICKA, entre “plurinacionalidade” e “polietnicidade”<sup>92</sup>. Nestas duas aceções, o Estado pluricultural substitui-se ao Estado-nação tradicional como novo modelo político e organizativo que, acolhendo certas modalidades de diversidade cultural (dimensão fáctica), pretende atribuir-lhes uma “dimensão significativa dentro da própria organização institucional do Estado (momento normativo)”<sup>93</sup>. Em termos mais amplos, o problema da multiculturalidade não se coloca apenas em conexão com as migrações, antes pertence à “experiência fundamental de cada sociedade pluralística”, pelo que muitos “conflitos culturais” ocorrem, não entre estrangeiros e cidadãos “nativos”, mas entre pessoas de igual pertença estadual<sup>94</sup>.

As sociedades atuais apresentam-se como simultânea e tipicamente pluralistas seja em termos comunitários (ou seja, multiétnicas, multirreligiosas, multiculturais, multilinguísticas) seja em termos individuais (ou seja, os indivíduos diferem nas suas concepções de autorrealização individual e quanto ao que é necessário para otimizar as hipóteses de sucesso), girando em torno de uma “multiplicidade de identidades e diferenças” em constante interação e sobreposição, resultando numa “ordem diversa de eus (individuais e coletivos) demarcados por um processo constante de inclusão e exclusão”<sup>95</sup>. A heterogeneidade que resulta da coexistência de vários grupos assume, por sua vez, diferentes configurações, avultando aí a questão das relações de poder

---

<sup>91</sup> SUZANA TAVARES DA SILVA, *Direitos...*, cit., p. 9.

<sup>92</sup> PEDRO TALAVERA, “Nacionalismo, identidad y pluriculturalidad”, in *PyD*, n.º 49, 2003, p. 445 ss., p. 477. Sobre a perspectiva de KYMLICKA, remetemos para o que escrevemos *infra*, na Parte II, *maxime* Cap.II.

<sup>93</sup> Pedro TALAVERA, “Nacionalismo...”, cit., p. 475.

<sup>94</sup> WALTER KÄLIN, *Grundrechte im Kulturkonflikt*, Berna, 1999, p. 10, disponível em [http://www.oefre.unibe.ch/unibe/rechtswissenschaft/oefre/content/e700/e1357/e772/e2750/e2751/NFP-Buch-Nov99\\_ger.pdf](http://www.oefre.unibe.ch/unibe/rechtswissenschaft/oefre/content/e700/e1357/e772/e2750/e2751/NFP-Buch-Nov99_ger.pdf) [15/09/2009].

<sup>95</sup> MICHEL ROSENFELD, *The Identity...*, cit., p. 21.

entre grupos, cruzando-se por sua vez com a heterogeneidade de tipo individual que resulta da expressão das orientações individuais normativas, sobrepostas ou não às de um grupo ou comunidade<sup>96</sup>.

É neste contexto pluralista, aberto à diferença e à diversidade<sup>97</sup>, que o constitucionalismo discute a(s) sua(s) *identidade(s)*. Trata-se, por conseguinte, de, tendo por pano de fundo a rede complexa de internormatividade e a realidade da produção multinível do direito<sup>98</sup>, aí descortinar o sentido do “constitucional”<sup>99</sup>, por um lado, e do constitucionalismo de base estadual, por outro – este último, evocando um “teste de identidade constitucional” como “última fronteira do Estado soberano”, na expressão de MARIA LUÍSA DUARTE<sup>100</sup>. Mas trata-se, igualmente, de sustentar, não apenas um pluralismo constitucional, mas um constitucionalismo que é, na sua essência - ou no seu código genético – plural<sup>101</sup>. De seguida, deter-nos-emos sobre o conceito de pluralismo.

---

<sup>96</sup> *Idem*, cit., p. 21. Acentuando igualmente esta dupla dimensão a propósito do pluralismo normativo, BRIAN Z. TAMANAHA, “A framework for pluralistic socio-legal arenas”, in *Cultural...*, cit., p. 381 ss., p. 390 ss. A situação do imigrante que se acha “entre culturas” ilustra, precisamente, a possibilidade de cruzamento entre lógicas comunitárias e orientação individuais. Todavia, e como veremos *infra* ao analisar com mais detalhe o conceito de cultura, esta distinção entre tipos de heterogeneidade não deve obscurecer a hibridez e o caráter dinâmico das identidades individuais e coletivas, nem a sua diversidade interna, *vd.* BRIAN Z. TAMANAHA, “A Framework...”, cit., p. 392 e o que escrevemos *infra*, Parte II.

<sup>97</sup> PAULO RANGEL, “Transconstitucionalismo...” cit., p. 170, sustentando uma reconfiguração da igualdade adaptada à constituição poliárquica.

<sup>98</sup> Sobre produção multinível de direito, J.J.GOMES CANOTILHO /SUZANA TAVARES DA SILVA, “Método multinível: “Spill-over effects” e interpretação conforme o direito da União Europeia”, in *RLJ*, Ano 138, nº 3955, 2009, p. 182 ss. e, para os direitos fundamentais, JÓNATAS MACHADO/ J.J.GOMES CANOTILHO, “Metódica...”, cit., p.258.

<sup>99</sup> Ainda que não o conceito de constituição do constitucionalismo liberal originário, mas um conceito reformulado, *vd.* PAULO RANGEL, “Transconstitucionalismo...” cit., p. 164 ss.

<sup>100</sup> MARIA LUÍSA DUARTE, “O Tratado de Lisboa e o teste da “identidade constitucional” dos Estados-membros – uma leitura prospetiva da Decisão do TC alemão de 30 de Junho de 2009”, in *Estudos sobre o Tratado de Lisboa*, Coimbra, Almedina, 2010, p. 117 ss., p. 118 e 124 ss. Analisando a decisão sobre o Tratado de Lisboa do *BVerfG*, a autora afirma, *ob. cit.*, p. 138, que o seu “reflexo mais virtuoso” foi o de “demonstrar que a constituição nacional não se esgotou, nem está reduzida a uma dimensão intermédia de legitimação do fenómeno político da União Europeia”, adivinhando-se mesmo uma “revalorização do papel garantístico” das constituições nacionais.

<sup>101</sup> NEIL WALKER, “Rosenfeld's...” cit., p. 678, a propósito da conceção pluralista de ROSENFELD, patente na sua afirmação de que “as constituições e o constitucionalismo apenas fazem sentido em condições de pluralismo” (MICHEL ROSENFELD, *The Identity...* cit., p. 21).

### 3.Pluralismo constitucional e constitucionalismo plural

#### 3.1. Do pluralismo como facto ao pluralismo como norma

Alguns autores têm sustentado que a valorização das “políticas multiculturalistas” *lato sensu* transforma a diversidade, de plural, em multicultural<sup>102</sup>, querendo com isso afirmar - de acordo com uma conceção de pluralismo como valor que defende, mas também limita, a diversidade<sup>103</sup> - a emergência de um “multiculturalismo anti pluralista”, que “fabrica diversidades” e faz prevalecer a separação sobre a integração<sup>104</sup>. É, por conseguinte, a possibilidade de construção da unidade política pela via da Constituição, almejada, ao que se afirma, pelo Estado-nação, que o multiculturalismo vem pôr em causa. Ora por estar ao serviço de uma ética libertária<sup>105</sup>, ora por forjar identidades e assumir propósitos separatistas, o multiculturalismo é ainda acusado de conduzir à adoção de uma postura perniciosamente relativista, que impõe a conclusão pela inevitabilidade de considerar as normas como sempre dependentes, para aferição, das sociedades nas quais emergem. Mas pode igualmente, do lado oposto do espectro, conduzir à procura de uma solução através de um princípio universal, depois acusado de ignorar a natureza contextual e histórica dos princípios da justiça<sup>106</sup>.

Mais promissora parece-nos ser, todavia, a interrogação que o multiculturalismo coloca dirigida aos aspectos fundamentais sem os quais não é possível pensar uma convivência social ordenada com base em normas reconhecidas

---

<sup>102</sup> Entre outros, LORENZA VIOLINI, “Multiculturalismo e questioni eticamente controverse: quale regolamentazione?”, in JAVIER PRADES (dir.), *All’origine della diversità. Le sfide del multiculturalismo*, Milão, 2008, p. 49 ss., p. 49 ss.

<sup>103</sup> Nas palavras de GIOVANNI SARTORI, *La sociedad multiétnica. Pluralismo, multiculturalismo y extranjeros*, Madrid, Taurus, 2001, p. 63, “a sociedade pluralista deve compensar e equilibrar multiplicidade e coesão, impulsos fragmentadores com a manutenção do conjunto”.

<sup>104</sup> *Idem*, cit., p. 63. Para o autor, o pluralismo valoriza positivamente a diversidade mas não fabrica diversidades, ao contrário do multiculturalismo, que fabrica diversidades, pois se dedica a tornar visíveis diferenças e a intensificá-las, desse modo chegando mesmo a multiplicá-las.

<sup>105</sup> Assim, LORENZA VIOLINI, “Multiculturalismo...”, cit., p. 51.

<sup>106</sup> ANNE PHILLIPS, *Multiculturalism without culture*, Princeton/Oxford, Oxford University Press, 2007, p. 33.



por todos<sup>107</sup> e, por conseguinte, sobre o pluralismo. É desta questão que nos ocuparemos, remetendo para a Parte II a avaliação crítica do multiculturalismo e a articulação entre pluralismo, relativismo e multiculturalismo<sup>108</sup> - tendo presente, advirta-se previamente, a distinção entre o sentido descritivo e o sentido normativo<sup>109</sup>, bem como versões fortes e versões fracas<sup>110</sup>, de relativismo e de pluralismo, ético e cultural.

O multiculturalismo não implica necessariamente incompatibilidade entre o universal e o particular, impondo antes a necessidade de repensar a sua articulação. Equivalerá a uma rejeição do “universal” se pensarmos num multiculturalismo relativista *em sentido forte*, oposto a um monismo que sustente a existência de normas morais universais decorrentes da natureza humana, mas podem equacionar-se vias médias que procurem conciliar valores universais e a tomada em consideração dos particularismos, das diferenças étnicas, religiosas e culturais<sup>111</sup>.

O relativismo é compatível com o universalismo, ou com um certo grau de universalismo<sup>112</sup>, ao menos naquelas formulações “relativistas” que visam mostrar a

---

<sup>107</sup> LORENZA VIOLINI, “Multiculturalismo...”, cit., p. 51.

<sup>108</sup> ZACCARIA entende que o multiculturalismo se diferencia do pluralismo, já que questiona a manutenção da separação entre esfera privada e esfera pública, a perspetiva individualista da relação entre indivíduo e comunidade política (individualismo ético) e o princípio da neutralidade estadual face a concepções éticas e a fatores não políticos da identidade dos cidadãos e, por conseguinte, desloca a questão para o pluralismo de grupos, culturas e identidades coletivas (não assimilável ao pluralismo moral de indivíduos) e da liberdade e autonomia individuais para o reconhecimento e inclusão coletivos, propondo a passagem da “tolerância” ao “reconhecimento” *vd.* GIUSEPPE ZACCARIA, “Tolerancia y política de reconocimiento”, in *PyD*, n.º 49, 2003, p. 107 ss., p. 113-114.

<sup>109</sup> CHANDRAN KUKATHAS, “Pluralismo dentro dos limites da razão”, in JOÃO CARLOS ESPADA/MARC F. PLATTNER/ADAM WOLFSON (org.), *Pluralismo sem relativismo*, Lisboa, ICS, 2003, p. 71 ss. Entre nós, também, J. C. VIEIRA DE ANDRADE, “Pluralismo”, in *POLIS*, 4, Verbo, col.1280 ss., 1280.

<sup>110</sup> WILLIAM GALSTON, “O pluralismo de valores e a filosofia política contemporânea”, in *Pluralismo...*, cit., p. 25 ss., p. 33.

<sup>111</sup> DENYS CUCHE, *La notion de culture dans les sciences sociales*, 4.a ed., Paris, La Découverte, 2010, p. 142 e, também, JOÃO LOUREIRO, “Constitutionalism, diversity and subsidiarity in a postsecular age”, in *BFDC*, 83, 2007, p. 501 ss., p. 506 ss.

<sup>112</sup> Aludindo a versões mais “fortes” de relativismo cultural, nos termos do qual este nega a possibilidade ou conveniência de estabelecer comparações e hierarquias entre as pautas valorativas das diferentes culturas, todas elas essencialmente iguais em valor e dignidade (questão da incomensurabilidade) e a consequente impossibilidade lógica de uma procura de valores universalmente válidos, *vd.* IGNACIO SÁNCHEZ CÁMARA, “Integración o multiculturalismo”, in *PyD*, n.º 49, 2003, p. 163 ss. e BHIKHU PAREKH, *Repensando el multiculturalismo*, Madrid, Ediciones Istmo, 2005, p. 195.

relevância das circunstâncias para a conformação da moral, descrevem como diferentes culturas aceitam diferentes princípios morais e identificam as especificidades culturais subjacentes a certos códigos morais, ou mesmo mostram como o juízo moral implica uma referência ao contexto cultural de enquadramento do agente<sup>113</sup>. Nestas aceções - em geral, diga-se, mais descritivas que normativas<sup>114</sup> -, o relativismo cultural dá um contributo fundamental para a nossa compreensão da moralidade e para a rejeição dos dogmatismos, do etnocentrismo<sup>115</sup> e da tentação imperialista por vezes associada aos direitos humanos<sup>116</sup>, sem com isso implicar necessariamente um “determinismo cultural” ou um “relativismo total” (nos termos do qual toda a verdade é uma verdade local referida a uma cultura) e, por conseguinte, sem constituir verdadeira “ameaça” ao universalismo<sup>117</sup>.

O relativismo não é, por conseguinte, necessariamente incompatível com a procura de universais nem com a admissibilidade de uma “estrutura universal” da moral, ainda que suscetível de algum tipo de acomodação cultural. Uma perspectiva possível será a da busca de “universais transculturais” enquanto valores partilhados por todas as culturas do mundo, na conhecida defesa de ALISON DUNDES RENTELN<sup>118</sup>, mas que se revela criticável, todavia, caso se considere que o consenso transcultural é incapaz de fundar a força adicional da regra ética, sendo necessário acautelar a possibilidade de universais transculturais desumanos e salvaguardar um direito ao dissentimento face ao entendimento da maioria. Nesta perspectiva será, por conseguinte, na identificação de absolutos, e não de universais transculturais, que se deverá centrar o diálogo cultural<sup>119</sup>.

---

<sup>113</sup> Testando vários “candidatos” possíveis à qualificação como relativismo cultural normativo, JOHN J. TILLEY, “The Problem for Normative Cultural Relativism”, in *RJ*, vol. 11, n.º 3, 1998, p. 272 ss.

<sup>114</sup> CHRIS SWOYER, “Relativism”, *The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Winter 2010 Edition)*, EDWARD ZALTA (ed.), <http://plato.stanford.edu/archives/win2010/entries/relativism/> [20/01/2013].

<sup>115</sup> PABLO FIGUEROA, “Universales “versus” Absolutos. Una crítica filosófica al relativismo cultural”, in *PyD*, n.º 48, 2003, p. 159 ss.

<sup>116</sup> GIANCARLO ROLLA, “Diritti universali e relativismo culturale”, in *QC*, ano XXV, n.º 4, 2005, p. 855 ss., p. 328.

<sup>117</sup> Assim conclui JOHN J. TILLEY, “The Problem...”, cit.

<sup>118</sup> ALISON DUNDES RENTELN *apud* HENRI PALLARD, “L’universalisation des droits fondamentaux et l’occidentalisation de l’universalité”, in J. FERRAND/ H. PETIT (eds.), *Enjeux et perspectives des Droits de l’homme*, Paris, L’Harmattan, 2003, p. 164 ss.

<sup>119</sup> PABLO FIGUEROA, “Universales...”, cit., p. 171 e 174.

Uma via média entre absolutismo cultural e relativismo cultural pode ser, como propõe PANIKKAR, a da relatividade cultural, caminho seguido pela interculturalidade assente no diálogo como abertura ao outro<sup>120</sup>. Nesta perspetiva, a verdade, sendo ela mesma relação, é *pluralista*, não *plural*. O pluralismo surge da consciência simultânea tanto da incompatibilidade das visões distintas de mundo como da impossibilidade de julgá-las imparcialmente, porque nada está acima da própria cultura, que nos proporciona os meios de compreensão. A relatividade ou relacionalidade radical não se confunde com o relativismo, que se destrói a si mesmo na sua formulação: a relacionalidade radical é uma relacionalidade relativa aos diversos contextos culturais nos quais toda a afirmação adquire sentido, sendo radical porque não apenas mostra que “tudo” está relacionado, como que o “tudo” é relacional, salvando-nos do “solipsismo cultural” e impedindo que caiamos numa homogeneização monista que destrói a diversidade.

Do pluralismo de valores, referido aos indivíduos ou às culturas, ou seja, da defesa de que os valores são plurais e contraditórios e não poderá estabelecer-se uma hierarquia entre estilos de vida que classificam os valores de forma diferente, resultará um argumento a favor do respeito pelos sistemas de valores de culturas específicas (incluindo as que não valorizam a escolha), de uma atitude de não interferência e, na hipótese de uma defesa de valores comuns, valores mínimos<sup>121</sup>. Um pluralismo de valores *em sentido forte* inviabilizaria a nossa possibilidade de pensarmos instituições políticas comuns e critérios mínimos de conduta aplicáveis de forma transversal a diversas “culturas”<sup>122</sup>, designadamente de recorte liberal, por, em última análise, também o liberalismo não passar de um “ideal local” ou um “estilo de vida” entre outros<sup>123</sup> – apesar de, sustentam os liberais, ser o “estilo de vida” preferido por grande

---

<sup>120</sup> RAIMON PANIKKAR, “La interpelación intercultural”, in GRACIANO GONZÁLEZ R. ARNAIZ (coord.), *El discurso intercultural. Prolegómenos a una filosofía intercultural*, Madrid, Biblioteca Nueva, 2002, p. 33 e 43 ss. Entre nós, contrapondo ao relativismo a relatividade, MANUEL CARNEIRO DA FRADA, “Relativismo, valores, Direito”, in *ROA* (separata), ano 68, 2008, p. 651 ss., p. 660 ss.

<sup>121</sup> STEPHEN MACEDO, “Pluralismo de valores contra relativismo?”, in *Pluralismo...*, cit., p. 49 ss., p. 54 ss.

<sup>122</sup> Colocamos entre aspas uma vez que, assim formulada, a hipótese de diálogo de culturas subjacente pode ser acusada de essencialismo e reificação do conceito de cultura. Sobre a questão, CLIFFORD ORWIN, “Pluralismo sem relativismo?”, in *Pluralismo...*, cit., p. 121 ss., p. 133.

<sup>123</sup> Sobre a questão, STEPHEN MACEDO, “Pluralismo...”, cit., p. 49 ss. Pronunciando-se a favor da incompatibilidade entre pluralismo e liberalismo, JOHN KEKES, “Pluralismo por oposição a

número de culturas no mundo moderno<sup>124</sup>. O pluralismo pode ser sustentado a partir de premissas liberais, como é o caso de pluralismo de típico cívico proposto por MACEDO<sup>125</sup>, mas também a partir de perspectivas não liberais, como a de KEKES. Este último sustenta, a nosso ver bem, a necessidade de manter um sistema em que é possível considerar e ponderar os fundamentos de todos os valores importantes, que incluem o pluralismo, a liberdade, os direitos, a igualdade, a justiça, a autonomia, mas também valores que não são tipicamente liberais como o ambiente saudável, a civilidade, o respeito pela lei, a paz, a prosperidade, a ordem, a segurança, e que terão precedência consoante os contextos e não de acordo com uma regra pré-determinada e fixa de precedência<sup>126</sup>.

A ideia de que um pluralismo que não seja relativista é, de alguma forma, um pluralismo pobre – de que, se não somos relativistas, não somos pluralistas ou, pelo menos, *suficientemente* pluralistas<sup>127</sup> – não tem de ser sustentada. Há espaço para sustentar compreensões diferentes do pluralismo, distinguindo entre uma versão “forte”, “radical” ou “total” do pluralismo de valores<sup>128</sup>, que coloca as diferentes culturas e sistemas de valores acima de qualquer crítica ou exame, e, por conseguinte, de qualquer justificação<sup>129</sup>, e versões moderadas, limitadas ou compreensivas.

Se partirmos, por conseguinte, da afirmação de que, na sociedade aberta em constante dissenso, temos de reconhecer como *facto* um pluralismo de valores e a inexistência de uma ordem objetiva de valores acessível, *a priori*, a todas as “consciências éticas retas”<sup>130</sup>, e devemos reconhecer, de um ponto de vista *normativo*, um (certo) pluralismo de valores, teremos de concluir pela necessidade de nos centrarmos precisamente nas escolhas e nos processos pelos quais elas têm lugar,

---

liberalismo”, in JOÃO CARLOS ESPADA/MARC F. PLATTNER/ADAM WOLFSON (org.), *Pluralismo sem relativismo*, Lisboa, ICS, 2003, p. 205 ss.

<sup>124</sup> STEPHEN MACEDO, “Pluralismo...”, cit., p. 57.

<sup>125</sup> *Idem*.

<sup>126</sup> JOHN KEKES, “Pluralismo...”, cit., p. 222-223.

<sup>127</sup> CLIFFORD ORWIN, “Pluralismo...”, cit., p. 122.

<sup>128</sup> WILLIAM GALSTON, “O pluralismo...”, cit., p. 33.

<sup>129</sup> STEPHEN MACEDO, “Pluralismo...”, cit., p. 57-58.

<sup>130</sup> MIGUEL PRATA ROQUE, “Sociedade aberta e dissenso. Contributo para a compreensão contemporânea do princípio do pluralismo democrático”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor André Gonçalves Pereira*, Coimbra, Coimbra Editora, 2006, p. 355 ss., p. 356 e JOSÉ LAMEGO, *Sociedade aberta e liberdade de consciência*, Lisboa, AAFDL, 1985, p. 120 ss.

descansados pelo argumento de GALSTON de que é importante não “dramatizar excessivamente” as escolhas que decorrem da heterogeneidade de valores<sup>131</sup> ou pela constatação de PHILLIPS de que os conflitos profundos de valores são raros, antes acontecendo que os valores são invocados para justificar tensões cujas causas lhes são estranhas<sup>132</sup>.

Abordando especificamente a relação entre indivíduos e culturas, GALSTON sustenta que o pluralismo não tem de significar relativismo, funcionando verdadeiramente em relação a valores que se situam além da “linha de água” representada por um “padrão básico de correção moral fundamental” para a vida dos indivíduos e para as sociedades e acima da qual existem bens qualitativamente heterogêneos que não podem ser reconduzidos a uma medida única comum de valor<sup>133</sup>. Os estilos de vida que não valorizam a escolha<sup>134</sup> não poderão ser explicados a partir de uma “característica universal da vida humana”<sup>135</sup>, assim como “exigir que todos os estilos de vida aceitáveis reflitam uma consciência do pluralismo de valores seria afirmar aquilo que o pluralismo de valores nega - a existência de um valor universalmente dominante”<sup>136</sup>. Não existe fundamento para uma imposição estadual de “políticas restritivas cuja justificação inclua a afirmação de que existe uma ordenação de valores racional única”, mas por vezes a intervenção do Estado resulta, não de uma “ordenação hierárquica das concepções de bem” mas do facto de nem

---

<sup>131</sup> WILLIAM GALSTON, “O pluralismo...”, cit., p. 31, aí afirmando especialmente que os valores admitem gradações; o pluralismo de valores não exclui a possibilidade de discussões validas para se obterem respostas certas em questões específicas; os valores fundamentais podem ser comparáveis apesar de não serem comensuráveis, e uma argumentação deliberativa pode fornecer razões para escolhas entre pretensões qualitativamente diferentes mesmo quando não existe medida comum de valor.

<sup>132</sup> ANNE PHILLIPS, *Multiculturalism...*, cit., p. 65, exemplificando.

<sup>133</sup> WILLIAM GALSTON, “O pluralismo ...”, cit., p. 27-28. Estes “valores qualitativamente distintos não podem ser inteiramente hierarquizados”, não existe um supremo bem que possa dizer-se racionalmente prioritário para todos os indivíduos. Os adeptos do pluralismo de valores, escreve, estão dispostos a reconhecer que as relações entre valores podem ser estruturadas de maneiras específicas de acordo com o conteúdo desses valores, e que são possíveis organizações parciais de bens, mas rejeitam a ideia da prioridade definitiva de alguns valores em relação a outros, independentemente das circunstâncias e da consideração dos valores cujo sacrifício é exigido por essas regras de prioridade rigorosas e predeterminadas.

<sup>134</sup> Usufruindo, escreve WILLIAM GALSTON, “O pluralismo ...”, cit., p. 31, da chamada “liberdade expressiva”.

<sup>135</sup> *Idem*, cit., p. 35, em diálogo com GRAY e BERLIN.

<sup>136</sup> *Idem*, cit., p. 37.

todos os valores poderem coexistir, e quando tal acontece, a escolha não significa uma restrição arbitrária da liberdade, mas sim que “a estrutura de valores do universo (...) está a limitar na prática a possibilidade de alguns indivíduos praticarem estilos de vida que, em teoria, são perfeitamente defensáveis”<sup>137</sup>. Assim, uma política praticada com plena consciência do pluralismo de valores, escreve GALSTON, será recetiva a uma gama alargada, mas não ilimitada, de afirmações baseadas em valores, consciente da impossibilidade de escolher ou promover um estilo de vida único e “melhor”, e limitará o acordo exigido aos cidadãos sobre os princípios e as práticas aos aspectos constitucionais essenciais, entendidos com parcimónia, procurará criar as condições necessárias para que os grupos e os indivíduos vivam, na maior medida possível, de acordo com o que entendem dar sentido à sua vida, e defenderá a possibilidade de os indivíduos abandonarem estilos de vida com que deixem de se identificar<sup>138</sup>. O limite vem dado pela opressão, que é necessário combater onde quer que se encontre<sup>139</sup>.

Nesta via média de superação da dicotomia relativismo/universalismo poderemos incluir ainda, entre outros, o “universalismo pluralista” de PAREKH ou o “universalismo contextual” de WALZER. O primeiro assenta no reconhecimento de valores morais universais mínimos, que serão “aqueles que temos boas razões para crer dignos do compromisso e apoio de todos os seres humanos” e, nesse sentido, “universalmente válidos e vinculantes”, e cuja via mais satisfatória de identificação é, não a de analisar (ou de analisar apenas) a natureza humana, mas o diálogo universal ou transcultural<sup>140</sup>. Esta perspetiva submete a tendência para a universalização dos valores próprios de uma cultura a um “teste transcultural” e, através do diálogo, promove o respeito entre culturas, o compromisso dos participantes em aceitar o resultado do diálogo e confere aos argumentos uma “validação democrática”, em que a preferência por um determinado valor ou valores resulta não da sua qualidade de irrefutáveis, mas do facto de os argumentos que podemos mobilizar em sua defesa serem mais fortes e convincentes do que os que podemos esgrimir em favor de outras

---

<sup>137</sup> *Idem*, cit., p. 41 e 42.

<sup>138</sup> *Idem*, cit., p. 44-45.

<sup>139</sup> *Idem*, cit., p. 46. Assim, será legítima, e necessária, a intervenção do Estado para salvaguardar os oprimidos/dissidentes “aprimados” nas suas culturas e instituições, pelo que “as comunidades culturais não podem usar as suas práticas como instrumentos de aprisionamento daquelas pessoas que deixaram de acreditar nelas”, ob. cit., p. 39 ss.

<sup>140</sup> BHIKHU PAREKH, *Repensando...*, cit., p. 197.

alternativas<sup>141</sup>. Para PAREKH, é possível “encontrar um corpo de valores morais que mereçam o respeito de todos os seres humanos”, entre os quais “o reconhecimento do valor e dignidade humanas, a promoção do bem-estar ou dos interesses humanos mais fundamentais e a igualdade”, não bastando apelar à natureza humana mas sendo necessário ter em conta a “condição humana, as experiências históricas e os nossos juízos sobre as consequências prováveis de diferentes formas de relação e vida social”<sup>142</sup>. Em suma, os valores universais mínimos dos quais podemos legitimamente partir “são, por natureza, muito gerais, e devem ser interpretados, hierarquizados, adotados e, em caso de conflito, reconciliados, à luz da cultura e circunstâncias de cada sociedade”<sup>143</sup>, devendo atribuir-se aos fatores que levam à negação da nossa interpretação “uma importância proporcional ou ao menos o mesmo peso moral”<sup>144</sup>. Conscientes do risco que representa a possibilidade de as diferentes sociedades poderem “legitimamente definir, hierarquizar e materializar os valores universais de forma diferente (e mesmo ocasionalmente ultrapassar alguns deles)”, PAREKH conclui que não há forma perfeita de lidar com a questão, apenas “pedir aos seus porta-vozes que justifiquem as suas decisões quando nos pareçam inaceitáveis”, e respeitar as suas

---

<sup>141</sup> *Idem*, cit., p. 197-198. Nesta perspectiva, os valores morais não podem invocar uma “base indiscutível e objetiva”, mas apoiam-se em motivos, que assumem a forma de razões, “que não são simplesmente arbitrárias porque são intersubjetivamente discutíveis”, e têm por si argumentos de maior peso que os que suportam os valores contrários (ob. cit., p. 198). Podemos, em consequência, legitimamente exigir aos outros que mostrem o seu acordo face a estes valores ou então que aduzam razões em defesa dos seus pontos de vista, e caso se neguem a fazê-lo, depois de enviados esforços que concretizem a possibilidade de que o façam, poderemos considera-los irrazoáveis e excluí-los do diálogo (ob. cit., p. 198-199). Esta perspectiva assenta no acordo quanto ao valor moral dos indivíduos, que resulta de terem capacidades únicas e dignas de valor como “a capacidade de pensar, a razão, a capacidade de usar a linguagem, imaginar uma vida boa, estabelecer mútuas relações morais, ser autocríticos e almejar a excelência” (ob. cit., p. 199).

<sup>142</sup> BHIKHU PAREKH, *Repensando...*, cit., p. 204. Uma forma de identificar estes valores que reúnem consenso e, partindo destes, tentar alcançar níveis superiores de consenso (ob. cit., p. 205) poderá ser partir de “repositórios” como a DUDH, produto de um diálogo transcultural. Mas esta, como se sabe, está longe de ser imune a críticas, como a do seu viés liberal e ocidental, a de reconhecer direitos para os quais não pode exigir-se validade universal, adotar um conceito de estático direitos humanos, confundir instituições (como a democracia) com direitos e negligenciar a dimensão das obrigações (ob. cit., p. 205 ss.). A este propósito, assume relevo a discussão sobre os “valores asiáticos”, *vd.* BHIKHU PAREKH, *Repensando...*, cit., p. 209 ss.

<sup>143</sup> BHIKHU PAREKH, *Repensando...*, cit., p. 207.

<sup>144</sup> *Idem*, cit., p. 208.

decisões quando defendidas de forma convincente, ou pressionar uma mudança em caso contrário<sup>145</sup>.

Também WALZER procura articular uma defesa do pluralismo, “nota distintiva” da sua teoria, com uma defesa, porventura mal conseguida, face ao relativismo cultural<sup>146</sup>. Em escritos posteriores a *Spheres of Justice*, WALZER considera que o seu ponto de vista é compatível a defesa de um “universalismo contextual” que, sendo diferente do universalismo moral abstrato pois é um “universalismo prático e de reiteração”, permite investigar o que é comum às várias comunidades e encontrar “estruturas morais convergentes, uma moral mínima”<sup>147</sup>. Esta moralidade mínima consiste, segundo propõe BONILLA MALDONADO partindo de WALZER, “em princípios e regras reiterados em distintas sociedades e épocas apesar de se terem articulado em linguagens culturais diversas e são consequência de formas distintas de aproximação a problemas individuais e coletivos similares”<sup>148</sup>. Ela está, nota, intimamente ligada às diversas morais maximalistas, “teorias que oferecem critérios normativos para a organização da vida privada e pública de indivíduos e sociedades (v.g. justiça distributiva, utilitarismo, teorias da justiça muçulmanas)”, pois os valores minimalistas inscrevem-se no âmago de cada moralidade de tipo maximalista, correspondendo a uma interpretação de alguns dos valores dessas teorias<sup>149</sup>. A moralidade mínima só se revela em casos de confronto político e de crise pessoal ou coletiva, e refere-se aos *indirizzos* morais que podemos assumir que todas as pessoas partilham *ainda que não conheçamos a cultura a que pertencem* (e.g. não se deve matar de forma arbitrária, as autoridades não devem abusar dos seus poderes), pelo que “geram um importante sentido de solidariedade entre as pessoas que

---

<sup>145</sup> *Idem*, cit., p. 208-209 e 216.

<sup>146</sup> ANA PAULA GARCÊS, “Michael Walzer: Justiça, pluralismo e democracia”, in JOÃO CARLOS ESPADA/JOÃO CARDOSO ROSAS, *Pensamento político contemporâneo. Uma introdução*, Bertrand, 2004, p. 134 ss., p. 149 ss.

<sup>147</sup> JOÃO CARDOSO ROSAS, *Conceções da Justiça*, Lisboa, Edições 70, 2011, p. 96.

<sup>148</sup> DANIEL BONILLA MALDONADO, *La Constitución...*, cit., p. 277-8.

<sup>149</sup> Não se trata pois de duas morais diferentes, mas da interpretação densa ou não densa de um complexo grupo de princípios e regras que organizam a vida e dos indivíduos e comunidades. A moralidade mínima compõe-se assim “pelos elementos comuns das várias interpretações destes valores fundamentais; refere-se aos aspectos negativos destes critérios morais, ou seja, ao dever que tem o outro de não os violar”, escreve DANIEL BONILLA MALDONADO, *La Constitución...*, cit., p. 278.



pertencem a diferentes culturas” e criam “um espaço comum no qual as pessoas podem identificar-se entre si e em favor do qual podem atuar conjuntamente”<sup>150</sup>.

Trata-se, em suma, de, também aqui, seguir o desafio de OST e “ousar o pensamento conjuntivo”, pensando as condições de uma “universalização construída a partir de uma multiplicidade de pontos de vista diferentes”. Para o autor, uma alternativa cosmopolita entre “a Caríbdis da arrogância universalista e a Cila da insularidade particularista”<sup>151</sup> é o cosmopolitismo conjuntivo, que tem no reconhecimento do outro *em si* (e não apenas *ao lado de si*) condição de possibilidade prática<sup>152</sup>. O diálogo e a tradução – nas palavras de BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS, a “hermenêutica diatópica”<sup>153</sup> - tornam-se, assim, não apenas possíveis como necessários, impedindo o “fechamento identitário”<sup>154</sup> e abrindo o caminho da interculturalidade na sociedade multicultural (como veremos *infra*, na Parte II).

### 3.2. Pluralismo, democracia, dissenso

Em suma, o pluralismo não significa um “*anything goes*” relativista, não sendo incompatível com a aceitação de “núcleos morais mínimos”, de “valores primários” condicionais<sup>155</sup> ou com a procura de interesses comuns ou aspirações comuns. Mas já se nos assemelha incompatível com a predeterminação de um conjunto hierarquizado de valores e com o estabelecimento, *a priori*, de regras de resolução de conflitos entre valores, *fora de uma tradição específica*. Assim, os

---

<sup>150</sup> DANIEL BONILLA MALDONADO, *La Constitución...*, cit., p. 279.

<sup>151</sup> FRANÇOIS OST, “Préface: La diversité culturelle: oser la pensée conjonctive”, in *Le droit...*, cit., p. XIII-XXI, p. XII ss.

<sup>152</sup> FRANÇOIS OST, “Préface...”, cit., p. XVIII ss.

<sup>153</sup> Como “prática de interpretação e de tradução entre culturas através da qual se amplia a consciência da incompletude de cada cultura envolvida no dialogo e se cria a disponibilidade para a construção de formas híbridas de dignidade humana mais ricas e mais amplamente partilhadas”, resultando daqui um conhecimento coletivo, interativo, intersubjetivo e reticular, na síntese de BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS/ JOÃO ARRISCADO NUNES, “Introdução: para ampliar o cânone do reconhecimento, da diferença e da igualdade”, in BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS (org.), *Reconhecer para libertar. Os caminhos do cosmopolitismo multicultural*, Porto, Edições Afrontamento, 2004, p. 19 ss., p. 41-42 e BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS, “Por uma concepção multicultural de direitos humanos”, in *Reconhecer...*, cit., p. 329 ss., p. 341 ss.

<sup>154</sup> FRANÇOIS OST, “Préface...”, cit., p. XVIII.

<sup>155</sup> JOHN KEKES, “Pluralismo...”, cit., *passim*.

acordos relativos a valores resultarão de uma procura “pela via do diálogo”, e no limite da impossibilidade do diálogo<sup>156</sup>, da resposta às questões “*como* devemos escolher” ou “*quem* deve escolhê-los” ou, em especial, à necessidade de referir a questão do pluralismo de valores e das escolhas a um determinado referente constitucional (por seu turno e tendo presente o que escrevemos *supra*, também *plural*).

Por outro lado, importa aceitar, sem dramatizar, seja a necessidade de procurar esses “valores comuns mínimos” - aos quais o pluralismo não pode estender-se<sup>157</sup>, por razões substanciais ou por razões pragmáticas ligadas à sua subsistência (paradoxo do pluralismo), mas sem os quais o diálogo e a convivência (*plural*) parecem impossíveis -, seja a inevitabilidade de consensos provisórios (CHANTAL MOUFFE) e de atualização desses consensos de acordo com uma conceção aberta e reflexiva da constituição, no limite dado pela incompatibilidade (mas não pela dissonância ou inconsistência)<sup>158</sup>. Em suma, a única via para evitar “a dupla ameaça de uma ordem hegemónica ou de uma desordem impotente” parece ser a de um “pluralismo ordenado” concebido como síntese aberta e evolutiva<sup>159</sup>.

Finalmente, o reconhecimento de que o pluralismo é um *facto* e caracteriza as modernas sociedades obriga-nos a pensar se e em que termos o reconhecimento jurídico e político-institucional dessa diversidade não compromete a viabilidade da vida em comunidade e, designadamente, a estabilidade das instituições democráticas. A condução desta discussão pressupõe estabelecer em que termos se articulam democracia, pluralismo e tolerância, ou ainda que diversidade deve ser tida em conta, como, em que circunstâncias, e dentro de que limites<sup>160</sup>, no pressuposto de que a diversidade não arruína a democracia, antes a democracia (dos modernos, não dos

---

<sup>156</sup> Assim escreve CASTANHEIRA NEVES, “A Revolução e o Direito”, *Digesta*, vol. 1, Coimbra, Coimbra Editora, 1995, p. 197.

<sup>157</sup> LUÍS PEREIRA COUTINHO, *A Autoridade Moral da Constituição*, Coimbra, Coimbra Editora, 2009, p. 143-144, escreve “o pluralismo não pode estender-se ao que releve da negação do outro, da negação da sua imprescritível dignidade. (...) É o mesmo princípio que justifica o pluralismo que lhe traça limites”.

<sup>158</sup> MIGUEL PRATA ROQUE, “Sociedade ...”, cit., p. 401 ss., propõe que a tutela conferida pelo pluralismo apenas abranja as manifestações de dissensão expressas de acordo com um padrão de razoabilidade que é, afinal, o da preservação do próprio pluralismo.

<sup>159</sup> MIREILLE DELMAS-MARTY, *Le relatif et l'universel. Les forces imaginantes du droit*, Paris, Éditions du Seuil, 2004, p. 414.

<sup>160</sup> JULIE RINGELHEIM, “Cartographie...”, cit., p. 3 e *infra*, Parte III.

antigos) se alimenta, e fortalece, pelo dissenso (democracia como *concordia discors* ou “consenso enriquecido e alimentado pelo dissenso”<sup>161</sup>).

Chegamos, por conseguinte, à difícil questão da dimensão simultaneamente consensual e conflitual da democracia, que por sua vez convoca diferentes visões da sociedade, ora pressupondo que a ordem e coesão da estrutura social resultam de um consenso, ora entendendo-as como produto de dominação e sujeição e, em consequência, sublinhando o conflito permanente e os “acordos provisórios”<sup>162</sup>.

Se abordarmos o pluralismo cultural partindo das pretensões culturais mobilizadas pelos diversos grupos e analisando o procedimento pelo qual as sociedades lhes dão resposta (e não apenas, portanto, o *resultado*)<sup>163</sup>, podemos ver no pluralismo, não um “problema” a ser resolvido, mas uma oportunidade para um “encontro deliberativo” entre cidadãos que não partilham um conjunto de práticas culturais, crenças e atitudes mas podem, ainda assim e através da política democrática, desenvolver políticas e princípios partilhados e, em consequência, alcançar a estabilidade “pelas razões certas”, que “pode resultar de vários grupos na sociedade plural tomarem parte na deliberação política”, ou seja, “verificar-se através de lutas deliberativas continuadas”, e vem assegurada pela contínua abertura ao desafio e à divergência<sup>164</sup>.

---

<sup>161</sup> GIOVANNI SARTORI, *La sociedad...*, cit., p. 21. Sobre a questão, MIGUEL PRATA ROQUE, “Sociedade...”, cit., p. 355 ss.

<sup>162</sup> J. C. VIEIRA DE ANDRADE, “Grupos de interesse, pluralismo e unidade política”, in *BFDC*, 1974, p. 2 ss., p. 65 ss.

<sup>163</sup> ANTHONY SIMON LADEN, “Negotiation, deliberation, and the claims of politics”, in ANTHONY SIMON LADEN/DAVID OWEN, *Multiculturalism and Political Theory*, Cambridge, Oxford University Press, 2007, p. 198 ss.

<sup>164</sup> ANTHONY SIMON LADEN, “Negotiation...”, cit., p. 214. Em sentido semelhante, RICHARD BELLAMY, “Toleration, liberalism and democracy: a comment on Leader and Garzón Valdés”, in *RJ*, vol. 10, n.º 2, 1997, p. 177 ss., p. 181, sustenta que “a política democrática fornece os meios através dos quais pode emergir uma solução justa pela reconciliação dos vários interesses e valores dos diferentes cidadãos”. Nesta perspetiva, não há restrição *a priori* quanto ao tipo de argumentos avançados (ao contrário das restrições “*rawlsianas*” aos argumentos avançados na esfera pública), apenas se exige “que os envolvidos no debate político estejam dispostos a apresentar as razões para as suas pretensões de formas capazes de persuadir os demais que ostentam pontos de vista diferentes e possivelmente opostos”, propondo a tolerância como parte de um processo de construção da comunidade a partir de uma multiplicidade de vínculos culturais, étnicos, religiosos, ou outros, distintos, *favorecendo a emergência de um sentimento de pertença*, em que a prática da negociação e da argumentação promovem a tolerância pelo encorajamento da reciprocidade e de um sentido mínimo de “*fairness*”.

Haverá, todavia, que encarar *cum grano salis* a possibilidade de consensos sem exclusão. Esta é ilusória, sustenta MOUFFE<sup>165</sup>, para quem qualquer consenso é sempre temporário e implica sempre uma exclusão (de outras possibilidades), equivalendo a “tréguas temporárias numa confrontação em curso”<sup>166</sup>. Levar o pluralismo “a sério” exige renunciar ao sonho do *consenso racional*, quer este venha dado pela via da “posição original” rawlsiana ou pela via da teoria do discurso habermasiana, e à fantasia de que podemos “escapar” ao nosso modo de vida, e entender que, ao invés de as “formas específicas de vida” representarem impedimentos à posição original (RAWLS) ou ao discurso ideal (HABERMAS), elas representam a sua “condição de possibilidade”. Sendo as relações de poder constitutivas do social, a política democrática visa, não o consenso ou eliminar o poder, mas torná-lo compatível com os valores democráticos<sup>167</sup>. A questão não é, por conseguinte, *como* chegar a um consenso sem exclusão, ou eliminar a oposição ‘nós’ vs. ‘eles’, uma vez que tal implicaria erradicar o ‘político’, mas estabelecer essa oposição de forma compatível com a democracia pluralista<sup>168</sup>, transformando o ‘antagonismo’ em ‘agonismo’. Nesta perspetiva agonística, o ‘eles’ não é um ‘inimigo’ mas um ‘adversário’, *id est*, alguém cujas ideias combatemos mas cujo direito a defender essas ideias não pomos em causa. Um adversário, por conseguinte - com quem partilhamos a adesão aos princípios ético-políticos da democracia liberal, que são a liberdade e a igualdade - mas com quem estamos em ineliminável desacordo quanto ao sentido e implementação destes princípios. A especificidade da democracia moderna assenta no reconhecimento e legitimação do dissenso e na recusa da sua supressão autoritária<sup>169</sup>. Uma real democracia exige vibrante confronto e divergência não meramente institucionalizada (por exemplo, no parlamento) mas também vertida nas próprias relações sociais<sup>170</sup>. Evocando a advertência de JOHN

---

<sup>165</sup> CHANTAL MOUFFE, “Deliberative Democracy or Agonistic Pluralism”, *Political Science Series*, 72 / 2000, Institute for Advanced Studies, Viena, p. 8 ss., <http://www.ihs.ac.at/vienna/IHS-Departments-2/Political-Science-1/Publications-18/Political-Science-Series-2/Publications-19/publication-page:6.htm> [11/10/2012].

<sup>166</sup> *Idem*, cit., p. 16.

<sup>167</sup> *Idem*, cit., p. 11.

<sup>168</sup> *Idem*, cit., p. 15.

<sup>169</sup> Sobre a questão, MIGUEL PRATA ROQUE, “Sociedade...”, cit., p. 356.

<sup>170</sup> CASS SUNSTEIN, *Why societies need dissent*, Cambridge/London, Harvard University Press, 2003, *passim*.

STUART MILL, a proteção contra a tirania das autoridades não é suficiente, é necessária também contra a tendência da sociedade para “impor, por outra forma que não sanções civis, as suas próprias ideias e práticas como regras de conduta àqueles que não concordam com elas”<sup>171</sup>. Como nota SUNSTEIN, sociedades bem organizadas adotam medidas para desencorajar a conformidade e para promover o dissenso, não apenas para bem dos indivíduos que dissentem mas sobretudo para proteger os seus próprios interesses<sup>172</sup>.

Se assim é, a divergência é do domínio do fisiológico e não patológico, sinal de saúde e não de doença da democracia. Ao contrário do que certas posições podem fazer supor, o pluralismo de concepções por si só não arruína o Estado nem faz perigar a democracia, podendo mesmo sustentar-se que a divergência (que um tal pluralismo favorece) é uma condição essencial da democracia e da sua vitalidade.

A circunstância de o pluralismo não ser incompatível com a democracia – a qual, pelo contrário, fortalece – não significa necessariamente que tenhamos de pôr de lado a questão dos *acordos básicos* – ainda que “provisórios” e “conflituais”. Com efeito, uma coisa é dizer que é difícil (por exemplo, dado o carácter multicultural de uma comunidade política) um acordo fundamental amplo, outra é dizer que a existência de acordos é, por si só, má<sup>173</sup>. Como escreve LUZIA PINTO, “a pluralidade das “concepções da vida” não faz da questão do *sentido da vida* uma questão *sem sentido*”, antes significa que “o sentido da vida – e, consequentemente, o sentido coletivo que se exprime na constituição de um povo – é uma questão tematizável e não dogmaticamente resolvida”<sup>174</sup>.

O que vem sendo dito conflui com a afirmação de AN-NA’IM de que o constitucionalismo democrático fornece o quadro institucional para a mediação (ainda que não para a resolução definitiva) dos conflitos inevitáveis no tecido político, económico e social<sup>175</sup>. Com efeito, assumindo que essas escolhas mínimas se encontram plasmadas a um nível constitucional, cabendo à constituição a

---

<sup>171</sup> Citado por CASS SUNSTEIN, *Why societies...*, cit., p. 24.

<sup>172</sup> CASS SUNSTEIN, *Why societies...*, cit., *passim*.

<sup>173</sup> Esta é a sexta tese sobre política que nos apresenta ANTÓNIO CARLOS PEREIRA-MENAUT, *Doce tesis sobre la politica*, México, UNAM, 2008 (reimp.), p. 16 ss.

<sup>174</sup> LUZIA PINTO, *Os limites do poder constituinte e a legitimidade material da constituição*, Coimbra, Coimbra Editora, 1994, p. 31.

<sup>175</sup> ABDULLAHI AHMED AN-NA’IM, “Taming...”, cit., p. 55-56.

revelação de um “consenso principal fundamental”<sup>176</sup>, e que esta é o “quadro” no qual terá de articular-se o diálogo, *ainda aí, ou sobretudo aí, se abre o espaço da divergência*, pois é certo que os consensos serão mais fáceis de formular a um nível abstrato mas mais difíceis quando se desce ao nível das questões concretas<sup>177</sup>. Mas este “espaço de jogo” que a Constituição deixa ao intérprete e ao aplicador (no sentido alargado da “comunidade aberta de intérpretes” a que se refere HÄBERLE<sup>178</sup>) é, afinal, ineliminável, porque condição da sua própria reflexividade. A isto voltaremos *infra*.

### 3.3. Específicos contextos de pluralismo normativo

Como afirma HESPANHA, “a orientação estratégica de reconstruir a teoria e a metodologia do direito numa perspectiva pluralista está basicamente correta, por corresponder ao ‘modo de ser’ das sociedades dos nossos dias” (do qual, por conseguinte, o modelo de “*legal centralism*”, recorrendo à expressão cunhada por GRIFFITHS<sup>179</sup>, não dá adequada conta). Vivemos num mundo de comunidades normativas múltiplas<sup>180</sup>, entre as quais o Estado e o seu Direito, gerando espaços de

---

<sup>176</sup> Sobre este, J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional...*, cit., p. 1438 e 1450-1451, e o que escreveremos *infra*, nesta parte, em 4. e na Parte III.

<sup>177</sup> Assim, mesmo que todos concordemos, v.g., sobre o valor parametricial da dignidade humana e atentemos na sua dimensão jurídico-positiva, ainda aí subsistirão diferentes interpretações quanto ao que o princípio impõe, consente ou proíbe. Sobre a questão, BENEDITA MACCRORIE, *A renúncia a direitos fundamentais*, dissertação de doutoramento apresentada à FDUNL, 2010, p. 67 ss. Sobre o problema do desacordo sobre os direitos fundamentais, distinguindo entre níveis de desacordo e seu reflexo na determinação da competência de arbitragem, JORGE REIS NOVAIS, *Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional*, Coimbra, Coimbra Editora, 2012, p. 149 ss.

<sup>178</sup> PETER HÄBERLE, *Teoría...*, cit., p. 54 ss. e *Retos actuales del Estado Constitucional*, Oñati, 1996, p. 15 ss.

<sup>179</sup> PAUL SCHIFF BERMAN, “Global Legal Pluralism”, in *SCLR*, vol. 80, 2007, p. 1171 ss. e SARA ARAÚJO, “Pluralismo Jurídico em Moçambique. Uma realidade em movimento”, *RSJ*, n.º 6, 2008, disponível em [www.sociologiajuridica.net.br](http://www.sociologiajuridica.net.br) [22/04/2013].

<sup>180</sup> PAUL SCHIFF BERMAN, “Global...”, cit., p. 1157 e 1169 ss. e BRIAN Z. TAMANAHA, “A framework...”, cit., p. 381 ss. Os estudos sobre pluralismo normativo ocupam-se tipicamente de diferentes categorias, que TAMANAHA identifica como sistemas jurídicos oficiais, sistemas normativos culturais/costumeiros, sistemas normativos religioso-culturais, sistemas normativos económicos/capitalistas, sistemas normativos funcionais e sistemas normativos comunitários/culturais, por sua vez em interação, choque e sobreposição.

relações jurídicas híbridas nos quais regimes jurídicos ou quase-jurídicos ocupam o mesmo domínio social<sup>181</sup>.

Como vimos, a abordagem pluralista tem sido alargada à arena global e à conceptualização de um mundo de hibridez normativa, concebido de forma dinâmica, avultando aí a compreensão das interações e da porosidade entre sistemas normativos e dos mecanismos de adaptação, reação e contestação que desenvolvem<sup>182</sup> - em suma, da “interlegalidade” a que vem aludindo BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS<sup>183</sup>. Se a teorização do direito global e da constitucionalização supra estadual (pluralismo constitucional) imprimiram novo fôlego ao pluralismo jurídico<sup>184</sup>, é também certo que este não esgota aí a sua relevância, atenta a pluralidade de fenómenos normativos não reconduzíveis ao plano estadual<sup>185</sup>, sendo desejável, para que se verifique um “pluralismo verdadeiramente pluralista”, que este se abra a todas as formas de manifestação autónoma do direito<sup>186</sup>.

A constatação da existência de um pluralismo normativo ou de que o direito se pode encontrar em vários ordenamentos, de vários níveis, sem que entre eles exista uma hierarquia ou sem que um deles que determine a validade dos outros não é recente, podendo detetar-se várias fases nos estudos sobre o pluralismo jurídico<sup>187</sup>. A perspetiva pluralista, sobretudo desenvolvida para compreender o direito nas colónias e, depois, nos Estados pós-coloniais<sup>188</sup>, relaciona-se hoje, mais amplamente, com outros fenómenos internos ao Estado, entre os quais a realidade multicultural das sociedades atuais (acentuada pelas migrações) e o reconhecimento, v.g., dos Direitos

---

<sup>181</sup> PAUL SCHIFF BERMAN, “Global...”, cit., p. 1158.

<sup>182</sup> *Idem*, cit., p. 1159.

<sup>183</sup> Sobre este conceito, *inter alia*, BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS, “Uma cartografia simbólica das representações sociais: o caso do Direito”, in *RCCS*, n.º 24, 1998, p. 139 ss. e, ainda, SARA ARAÚJO, “Pluralismo...”, cit.

<sup>184</sup> ANTÓNIO HESPANHA, *Cultura...*, cit., p. 552 ss.

<sup>185</sup> ALESSANDRA FACCHI, “Prospettive attuali del pluralismo normativo”, 2005, disponível em <http://www.juragentium.org/topics/rights/it/facchi.htm> [21/04/2013] e ANTÓNIO HESPANHA, *Cultura...*, cit., p. 550 ss. *Vd.* ainda MARCELO NEVES, *Transconstitucionalismo*, cit., p. 190 ss.

<sup>186</sup> ANTÓNIO HESPANHA, *Cultura...*, cit., p. 554-555.

<sup>187</sup> SARA ARAÚJO, “Pluralismo...”, cit. e PAUL SCHIFF BERMAN, “Global...”, cit., p. 1170 ss.

<sup>188</sup> Seguimos aqui ANTÓNIO HESPANHA, *Cultura...*, cit., p. 550.

dos imigrantes, das minorias étnicas, das comunidades religiosas<sup>189</sup>, realidades às quais fornece uma perspectiva privilegiada de abordagem.

Uma primeira dificuldade colocada à admissibilidade do pluralismo prende-se com a delimitação do “jurídico”, uma vez tornado independente da estadualidade<sup>190</sup>, e com a opção terminológica entre pluralismo jurídico e pluralismo normativo. Quanto a esta última, a opção pela expressão “pluralismo normativo” pode ser justificada pela sua menor ambiguidade e por permitir englobar ordens normativas porventura difíceis de qualificar como jurídicas mas que se relacionam com o direito positivo e institucional<sup>191</sup>.

Pertencendo o direito ao universo da cultura, o reconhecimento de culturas diferentes e a opção pelo multiculturalismo no plano jurídico implicaria, porventura, a consideração, ou mesmo a aceitação e celebração, do pluralismo normativo - o que nem sempre acontece<sup>192</sup>. Ao pluralismo normativo aponta-se que põe em causa traços essenciais dos sistemas ocidentais, quais sejam a procura de certeza e segurança jurídicas (vd. *infra*), por um lado, e a uniformidade na aplicação do Direito, por outro. Esta última característica, todavia, revela-se frequentemente desconforme com a realidade de pluralismo sociológico e normativo<sup>193</sup>. Esta “realidade normativa híbrida”, nota BERMAN, é negada seja pela perspectiva da soberania territorial, *maxime* do Estado-nação, seja pela perspectiva universalista, ambas incapazes de fornecer respostas adequadas, tanto mais que conduzem, não à gestão, mas à eliminação da hibridez, abrindo caminho a uma “terceira via”, a do pluralismo, que fornece

---

<sup>189</sup> ANTÓNIO HESPANHA, *Cultura...*, cit., p. 550 ss., salientando ainda o contributo da teoria social e política, v.g. da teoria sistémica de LUHMANN e do “agir comunicacional” de HABERMAS, para a promoção do pluralismo, ao contribuir para a compreensão da complexidade da regulação social.

<sup>190</sup> JACQUES VANDERLINDEN, “L'utopie pluraliste, solution de demain au problème de certaines minorités? ”, in NICOLAS LEVRAT (dir.), *Minorités et organisation de l'état*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 665 ss., p. 668 ss., BRIAN Z. TAMANAHA, “A framework...”, cit., p. 381 ss.

<sup>191</sup> Assim, ALESSANDRA FACCHI, “Prospettive...”, cit. Também PAUL SCHIFF BERMAN, “Global...”, cit., p. 1177 considera que a opção pelo pluralismo normativo dispensa um conceito essencialista de Direito, atendendo às normas sociais e ao lado externo da sua aceitação (“o direito é o que as pessoas tratam como direito”).

<sup>192</sup> GARY F. BELL, “Multiculturalism in law is legal pluralism”, in *SJLS*, 2006, p. 315 ss.

<sup>193</sup> JEAN-FRANÇOIS GAUDREAU-DESBIENS, “Introduction to Part II”, in *Cultural...*, cit., p. 377.



simultaneamente uma descrição da realidade e uma abordagem alternativa a essa realidade<sup>194</sup>.

Favorecendo mecanismos procedimentais, instituições e práticas discursivas para gerir, sem eliminar, a hibridez<sup>195</sup> (e sendo por conseguinte, uma solução de tipo procedimental e não uma proposta de acordos normativos), o pluralismo permite, segundo BERMAN, alargar a possibilidade de forjar um espaço social comum e as “vozes” tidas em consideração, sem significar todavia, de um ponto de vista normativo, uma renúncia à capacidade de ajuizar e uma aceitação acrítica de todas as posições<sup>196</sup>. Não obstante as críticas de que é alvo, esta abordagem não visa fornecer soluções abstratas, definitivas e adequadas a todos os casos, mas tomar consciência da hibridez e assumir a sua gestão como valor autónomo e não como “mal inevitável”<sup>197</sup>. E fá-lo fornecendo uma estrutura compreensiva capaz de abarcar diferentes modalidades de pluralismo. É, também, uma perspetiva pluralista ampla, abrangendo diferentes modalidades de pluralismo, jurídico e filosófico, interno e transnacional, que propõe ROSENFELD, como veremos *infra*.

O pluralismo normativo, terreno fecundo para o cruzamento de diferentes perspetivas quais sejam a jurídica, a sócio antropológica e a ético-política<sup>198</sup>, se *situado ao nível do indivíduo como sujeito de Direitos*<sup>199</sup> - vale dizer, do indivíduo como ponto de convergência de ordenamentos, por vezes conflituantes, que considera como jurídicos e que são produzidos por sociedades às quais, de uma forma ou de outra, voluntariamente ou não, está ligado<sup>200</sup> - mostra-se particularmente apto a enquadrar a realidade dos estrangeiros imigrantes, os quais se relacionam com uma

---

<sup>194</sup> PAUL SCHIFF BERMAN, “Global...”, cit., p.1178 ss., 1189 ss. e 1191 ss.

<sup>195</sup> *Idem*, cit., p. 1196 ss.

<sup>196</sup> *Idem*, cit., p. 1166 ss.

<sup>197</sup> *Idem*, cit., p. 1234 ss.

<sup>198</sup> ALESSANDRA FACCHI, “Prospettive...”, cit. Dando igualmente conta das diferentes perspetivas, PAUL SCHIFF BERMAN, “Global...”, cit., p. 1171 ss.

<sup>199</sup> JACQUES VANDERLINDEN, “L'utopie...”, cit., p. 666.

<sup>200</sup> *Idem*, cit., p. 665-666, considera que o pluralismo jurídico “postula a existência de uma multiplicidade de ordens normativas suscetíveis de reivindicar a qualificação de “jurídicas” e de se aplicar simultaneamente ao comportamento de um indivíduo”. Onde alguns vêm a apologia sem limites do individualismo e a destruição da sociedade, Vanderlinden observa que o pluralismo constata, mais modestamente, a situação comum de inserção do indivíduo em múltiplas sociedades e, logo, ordens jurídicas, participando em diferentes medidas e a títulos diferentes na sua elaboração e desenvolvimento e sendo, frequentemente, chamado a escolher (dentro de limites) entre ordens normativas vinculativas.

pluralidade de normas, de múltiplas fontes, não apenas de direito positivo dos estados de origem e de destino, mas também religiosas ou costumeiras, transnacionais ou infranacionais, por vezes com validade pessoal ou étnica e não territorial, não necessariamente reconhecidas pelo ordenamento estadual mas nem por isso menos eficazes<sup>201</sup>. Mais amplamente, permite ainda enquadrar a questão do reconhecimento de regimes de autonomia para acomodação da diversidade etnocultural e religiosa<sup>202</sup>, v.g., minorias etnoculturais e comunidades (sejam ou não minoritárias) de base religiosa. Tem-se em mente o reconhecimento de autonomias de base territorial ou não-territorial, bem como “margens de apreciação” estaduais destinadas a permitir a aplicação da lei pessoal, seja ou não de base religiosa, em determinadas matérias da vida dos indivíduos, designadamente familiares, sejam ou não estrangeiros - por conseguinte, fora do âmbito do Direito Internacional Privado e como alargamento das soluções já existentes no âmbito do seu direito de conflitos. Referimo-nos, em especial, ao reconhecimento da relevância da vontade na determinação da lei aplicável *a não estrangeiros*, desde que verificada a existência de “elementos de conexão” relevantes<sup>203</sup>.

Apesar de a história mostrar que os sistemas de base pessoal não são nem uma novidade nem se circunscrevem apenas ao contexto do credo, hoje em dia, no Ocidente, a questão coloca-se sobretudo a propósito da possibilidade de aplicação de leis pessoais de base religiosa, designadamente muçulmana. Alguns autores sustentam, a propósito, a vantagem de organizar a proteção das comunidades muçulmanas como grupos religiosos ao invés de organizá-la como grupos culturais (desde logo, pela dificuldade na identificação de uma homogeneidade de tipo étnico), beneficiando do facto de a proteção das comunidades religiosas estar mais

---

<sup>201</sup> Assim, ALESSANDRA FACCHI, “Prospettive...”, cit.

<sup>202</sup> Sobre os regimes de autonomia limitada, na senda da proposta de Steiner, destinados a acomodar a diversidade religiosa, étnica e linguística, PAUL SCHIFF BERMAN, “Global...”, cit., p. 1203 ss., referindo-se aos regimes de autonomia territorial dentro do Estado nação para grupos de base étnica, religiosa ou linguística, a esquemas de partilha de poder através de direitos de representação e participação para comunidades minoritárias e, finalmente, ao reconhecimento, pelo Estado, da aplicação da lei pessoal (religiosa ou não) que acompanha o indivíduo onde quer que este se encontre (“federalismo pessoal”).

<sup>203</sup> Neste sentido, JACQUES VANDERLINDEN, “L'utopie...”, cit., p. 668 ss. e, desenvolvidamente, ANDREA BÜCHLER, *Islamic Law in Europe? Legal pluralism and its limits in European Family Law*, Farnham, Ashgate, 2011, p. 58 ss.

desenvolvida e traduzindo a natureza extraterritorial do Islão<sup>204</sup>. Com efeito, de um ponto de vista jurídico, o pluralismo no que concerne a ordens normativas de base religiosa conhece um grau de institucionalização considerável em certos ordenamentos jurídicos nacionais europeus por referência ao direito canónico, ordem normativa de carácter transnacional ou extraterritorial<sup>205</sup>, podendo servir como referência para soluções relativas a outras ordens normativas de base religiosa de carácter universal<sup>206</sup>, no cumprimento do princípio da igualdade de tratamento<sup>207</sup>. E, com efeito, tem-se consolidado no espaço europeu a “fórmula” dos acordos celebrados entre os Estados e as confissões religiosas<sup>208</sup>. Assim, é pensável a

---

<sup>204</sup> Assim, SÍLVIO FERRARI, “Islam and the European system of State-religions relations throughout Europe”, in *Cultural...*, cit., p. 477 ss., p. 499 ss.

<sup>205</sup> Entre nós, sobre a questão, PAULO PULIDO ADRAGÃO, “Ordem jurídica portuguesa e ordem jurídica canónica: um tema invulgar na jurisprudência constitucional” (Anotação ao Acórdão TC n.º 268/2004), in *JC*, n.º 4, 2004, p. 30 ss. e, na perspectiva do alargamento a outras confissões religiosas, VITALINO CANAS, “Os acordos religiosos ou a generalização da fórmula concordatária”, in *Estudos em Memória ao Conselheiro Luís Nunes de Almeida*, Coimbra, Coimbra Editora, 2007, p. 281 ss., JÓNATAS MACHADO/ J.J.GOMES CANOTILHO, “Metódica...”, cit., p. 254 ss. e JORGE BACELAR GOUVEIA, “O Acordo Religioso entre o Imamat Ismaili e o Estado Português à luz do direito interno e do direito internacional”, in *Direito, Religião e Sociedade no Estado Constitucional*, Lisboa, 2012, p. 69 ss. O enquadramento é dado pelos princípios da congruência estrutural das ordens jurídicas e da pluralidade dos ordenamentos jurídicos, este último por sua vez resultante do art. 8.º da CRP, vd. JORGE MIRANDA, “A Concordata e a Ordem Constitucional Portuguesa”, in *Concordata entre a Santa Sé e a República Portuguesa (1940)*, Coimbra, Almedina, 2001, p.65 ss., p. 81.

<sup>206</sup> Neste sentido, SÍLVIO FERRARI, “Islam...”, cit., p. 497 ss. O autor considera que, não obstante a diversidade entre modelos estaduais de relação entre Estado e religião, há três traços comuns que permitem identificar um “padrão europeu comum”, e que são a proteção da liberdade religiosa individual, o respeito pela autonomia das comunidades religiosas e a cooperação seletiva entre Estados e organizações religiosas, unidos entre si por um princípio orientador da sua interação, nos termos do qual todas as comunidades religiosas, incluindo as mais novas e as mais distantes dos valores sociais e culturais tradicionalmente partilhados num país, devem gozar de algumas liberdades básicas que lhes permitem não apenas sobreviver mas também desenvolver-se, pelo que, uma vez garantidas a todos estas liberdades básicas, é aceitável um grau razoável de diferenciação na cooperação do estado com as comunidades religiosas (ob. cit., p. 479 ss.). Finalmente, nota que a presença muçulmana na Europa coloca diferentes questões, algumas comuns a todas as religiões, outras comuns a algumas religiões e outras ainda específicas, como a do seu enquadramento numa realidade em muitos casos estranha às comunidades muçulmanas - a do Estado secular.

<sup>207</sup> Sobre este princípio, JÓNATAS MACHADO/ J.J.GOMES CANOTILHO, “Metódica...”, cit., p. 254 ss.

<sup>208</sup> Entre nós, vejam-se a Concordata entre Portugal e a Santa Sé, assinada em 18 de maio de 2004, aprovada pela AR através da Resolução n.º 74/2004 de 30 de setembro e ratificada pelo PR pelo Decreto n.º 79/2004 de 16 de novembro e, em relação a outras confissões religiosas, as possibilidades abertas pelos arts. 45.º a 51.º da Lei n.º 16/2001, de 22/06 (Lei da Liberdade Religiosa), bem como o Acordo Religioso entre o Imamat Ismaili e o Estado Português, assinado em Lisboa em 8 de maio de 2009 e aprovado pela Resolução da AR n.º 109/2010. A

existência de uma estrutura englobante respeitada por todos que não exclui a existência de outras estruturas jurídicas dotadas de autonomia cujas instituições são, por vezes, reconhecidas pela ordem jurídica oficial<sup>209</sup>.

Em rigor, nem todas as formas de reconhecimento de direitos das minorias se reconduzem ao pluralismo jurídico, sobretudo se tomado numa aceção forte como a proposta por VANDERLINDEN<sup>210</sup>, que supõe, não o mero reconhecimento de direitos individuais, mas uma efetiva devolução ao povo – neste caso, ao grupo minoritário - do poder de regular juridicamente certos aspectos da sua comum existência, não bastando o reconhecimento de regimes jurídicos consentidos por uma estrutura dominante. Há, por conseguinte, diferenças de intensidade entre mecanismos, não auto excludentes mas complementares, destinados a acomodar juridicamente a diversidade cultural<sup>211</sup>, sendo que a solução pluralista, que permite que diferentes comunidades sejam governadas pelas suas próprias normas em matérias (v.g. relações familiares) nas quais os valores culturais diferem significativamente entre os grupos, se apresenta como mais controversa, não apenas por pôr em causa a aplicação uniforme do direito ressuscitando o sistema pessoal, mas pelos riscos que comporta de desproteção dos grupos vulneráveis e de reforço de práticas consideradas contrárias aos princípios das democracias constitucionais<sup>212</sup>.

A reivindicação do reconhecimento de normatividades que se assumem como jurídicas mas não assentam numa base estadual – v.g. direitos confessionais – deve, por conseguinte, ser encarada não apenas do ponto de vista dos direitos fundamentais

---

conformação jurídica concreta dessas relações dependerá da estrutura jurídica das comunidades em causa, *e.g.* se gozam ou não de personalidade e subjetividade jurídica internacional.

<sup>209</sup> SÍLVIO FERRARI, “Islam...”, *cit.*, p. 501-502.

<sup>210</sup> JACQUES VANDERLINDEN, “L'utopie...”, *cit.*, p. 668 ss. Em suma, para o autor, o verdadeiro pluralismo distingue-se da quase totalidade dos arranjos de natureza institucional relativos a minorias por três características essenciais: não se trata de um “reconhecimento” da existência de regimes particulares consentidos por uma estrutura dominante, mas de um acordo livremente consentido entre partes consideradas como iguais; a produção de direito nas matérias reconhecidas como sendo objeto de pluralismo escapa inteiramente ao grupo maioritário e está exclusivamente sob controlo da minoria, e os conflitos de direito e de foro entre ordens jurídicas minoritárias e entre estas e a ordem jurídica maioritária são regulados por instâncias representando de maneira igual as partes em presença.

<sup>211</sup> Ilustrando, PATRICK PARKINSON, “Taking multiculturalism seriously”, *in SLR*, 16, 1994, p. 473 ss.

<sup>212</sup> Sobre a questão, rejeitando a incompatibilidade entre o Islão e as democracias seculares ocidentais, SÍLVIO FERRARI, “Islam...”, *cit.*, p. 497 ss.

mas também da soberania enquanto poder supremo (na ordem interna) e, bem assim, do monopólio estadual das formas de produção jurídica – apesar de poder sempre dizer-se que o poder de última palavra é, ainda, do Estado, na medida em que lhe cabe reconhecer e estabelecer os termos do reconhecimento. Mas, mais uma vez, é um exemplo entre outros de pluralismo jurídico<sup>213</sup>.

Como já assinalámos, e teremos oportunidade de desenvolver *infra*, a inclusão que o pluralismo normativo favorece não implica a renúncia ao estabelecimento de limites, mas antes uma disposição para o acolhimento de outras razões e de “compromissos normativos” de outras comunidades, procurando a conciliação possível no limite dado pela disponibilidade para participar em formas discursivas<sup>214</sup> ou da compatibilidade com o pluralismo<sup>215</sup>. Ainda aí nos parece relevante o argumento da jusfundamentalidade da autodeterminação cultural, *in casu*, como *favor* por soluções pluralistas.

#### **4. A constituição inclusiva**

##### **4.1. Pluralismo, constitucionalismo e constituição**

Não obstante o que se vem dizendo, a resposta ao pluralismo a partir da constituição não deixa, porém, de suscitar apreensões, sobretudo tendo em conta a genealogia do conceito. Alude-se aqui ao facto de ao constitucionalismo poder atribuir-se uma vocação homogeneizadora desencorajadora do pluralismo social, tendente à edificação de categorias uniformizadoras<sup>216</sup>. Certos traços do constitucionalismo moderno – v.g., a pretensão de homogeneidade da comunidade política e a consequente desconsideração da cultura, bem como o conceito de constituição como pacto fundacional anterior e condição prévia da democracia – podem tornar difícil a sua compatibilização com a diversidade cultural, como

---

<sup>213</sup> Referindo-se ao Direito Canónico no contexto do pluralismo jurídico, JORGE MIRANDA, *Manual...*, Tomo III, cit., p. 245.

<sup>214</sup> PAUL SCHIFF BERMAN, “Global...”, cit., p. 1167 ss. e 1191 ss.

<sup>215</sup> Como propõe ROSENFELD, e desenvolveremos *infra*.

<sup>216</sup> MICHEL ROSENFELD, *The identity...*, cit., p. 270.

amplamente demonstrou TULLY<sup>217</sup>. Segundo o autor, tal resultou da linguagem e das tradições de interpretação hegemónicas no seio do pensamento político e jurídico moderno (o liberalismo, o comunitarismo e o nacionalismo), não se devendo a uma incompatibilidade de princípio entre constitucionalismo e diversidade cultural<sup>218</sup>. Trata-se, por conseguinte, não de rejeitar, mas de superar o constitucionalismo nesta versão “histórica”, reformulando-o em sentido pós-imperialista e, por conseguinte, capaz de reconhecer a “estranha multiplicidade” da diversidade cultural<sup>219</sup>. As constituições, para serem justas, devem ser elaboradas através de processos nos quais se escute a voz de todas as culturas que constituem a comunidade política numa espécie de *diálogo constitucional*<sup>220</sup>, pelo que não são aculturais nem condição prévia da política democrática, mas *parte* da política democrática, pacto social em movimento enquanto “série infinita de contratos e acordos, alcançada através do periódico diálogo intercultural”<sup>221</sup>.

Para escapar à acusação de ser anti pluralista, a Constituição terá de ser inclusiva, ainda que isso implique rever<sup>222</sup>, mas não abdicar, da sua função integradora<sup>223</sup> ou da

---

<sup>217</sup> JAMES TULLY, *Strange Multiplicity. Constitutionalism in an age of diversity*, 7.<sup>a</sup> ed., Cambridge, Cambridge University Press, 2006, p. 58 ss. O autor aponta (ob. cit., p. 62 ss.) sete características do constitucionalismo moderno que contribuíram para eliminar a diversidade cultural e a obter a homogeneidade, entre as quais o conceito de soberania popular, assente num povo culturalmente homogéneo, pelo que a cultura é algo irrelevante que pode ser superado, que chegam a acordo sobre a associação constitucional através de um processo deliberativo hipotético ou histórico, a afirmação do constitucionalismo como um nível superior no desenvolvimento histórico, a uniformidade jurídica e política da constituição, a identificação entre Estado e nação e o conceito fundacional de constituição como condição prévia da política democrática, e não como parte dela, capaz de se impor de forma universal e intemporal. Para uma síntese crítica do pensamento do autor, *vd.* FRANCESCO BELVISI, “Società multiculturale e costituzione”, in GIORGIO BONGIOVANNI (ed.), *La filosofia del Diritto Costituzionale e i problemi del liberalismo contemporaneo*, Bolonha, CLUEB, 1998, p. 79 ss., p. 86 ss. Em especial sobre a relação entre constitucionalismo e cultura, CARLOS RUIZ MIGUEL, “El constitucionalismo cultural”, in *CConst*, n.º 9, 2003, p. 201 ss.

<sup>218</sup> JAMES TULLY, *Strange...*, cit., p. 34 ss. e FRANCESCO BELVISI, “Società...”, cit., p. 86-87.

<sup>219</sup> Assim, FRANCESCO BELVISI, “Società...”, cit., p. 97.

<sup>220</sup> DANIEL BONILLA MALDONADO, *La Constitución...*, cit., p. 81.

<sup>221</sup> FRANCESCO BELVISI, “Società...”, cit., 92 e o que escrevemos *infra*, na Parte II.

<sup>222</sup> J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional ...*, cit., p. 1450.

<sup>223</sup> Assim, escreve HABERMAS, “uma sociedade pluralista baseada numa constituição democrática garante a diferenciação cultural apenas sob a condição da integração política. Os cidadãos de tal sociedade têm o poder de formar ou manter a sua idiossincrasia cultural sob o pressuposto de que, tal como os demais (...), se autocompreendem como cidadãos de uma mesma comunidade política. Esse empoderamento cultural é limitado pela mesma

sua condição de instrumento (não estorvo) de governabilidade da sociedade<sup>224</sup>. Resta, por conseguinte, explorar se e em que medida a constituição - *cada constituição* - traz uma resposta à questão do pluralismo – ou, nas palavras de GOMES CANOTILHO, se e como cumpre a função de estruturar e garantir um “sistema constitucional pluralístico”<sup>225</sup>, erigida a nova função da lei fundamental<sup>226</sup>, uma “comunidade constitucional inclusiva”<sup>227</sup> que se quede aquém da hiperinclusividade em benefício da manutenção da própria inclusividade<sup>228</sup>.

Este “paradoxo da inclusividade” não difere, afinal, do paradoxo do pluralismo (que evoca o paradoxo da tolerância) a que se refere ROSENFELD<sup>229</sup>. O *pluralismo compreensivo* que propõe assenta num “finca-pé normativista”, ou seja, na convicção de que a melhor forma de lidar com o pluralismo de facto e com diferentes concepções de bem é celebrar o pluralismo e moldar as instituições para que se adaptem a este pluralismo da melhor forma possível. O pluralismo compreensivo precisa da pluralidade de concepções de bem, sem a qual quedaria sem sentido. A plena realização do *ethos* pluralista é, em todo o caso, um ideal (caráter contrafático), uma aspiração que implica grande tolerância à dissonância e às inconsistências<sup>230</sup>.

Num mundo plural em termos normativos, ideológicos e filosóficos, escreve, “uma ética pluralista prescreve a maior acomodação possível da diferença e da divergência consistente com a manutenção das condições necessárias para que o pluralismo permaneça funcional e viável”<sup>231</sup>. O pluralismo que propõe encerra,

---

constituição que fornece a justificação para os direitos culturais”, *vd.* JÜRGEN HABERMAS, “Intolerance and discrimination”, in *ICON*, vol. 1, 2003, p. 2 ss., p. 10-11.

<sup>224</sup> Na expressão de GUSTAVO ZAGREBELSKY, “*La Corte in-política*”, in *JC*, n.º 5, 2005, p. 3 ss., p. 5.

<sup>225</sup> J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional ...*, cit., p. 1451.

<sup>226</sup> *Idem*, cit., p. 1451.

<sup>227</sup> JÓNATAS MACHADO, *Liberdade religiosa numa comunidade constitucional inclusiva*, Coimbra, Coimbra Editora, 1996, p. 173-174.

<sup>228</sup> J. J. GOMES CANOTILHO, “Jurisdicción constitucional y nuevas inquietudes discursivas. Del mejor método a la mejor teoría”, in *Fundamentos*, n.º 4, 2006, p. 425 ss., p. 439.

<sup>229</sup> J. J. GOMES CANOTILHO, “Jurisdicción...”, cit., p. 439. Sobre a constituição como “espaço de jogo do paradoxo da tolerância”, J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional ...*, cit., p. 1451-1452.

<sup>230</sup> MICHEL ROSENFELD, “Rethinking constitutional ordering in an era of legal and ideological pluralism”, in *ICON*, vol. 6, 2008, p. 415 ss., p. 427 ss.

<sup>231</sup> MICHEL ROSENFELD, *The Identity...*, cit., p. 275.

todavia, o paradoxo de ter impôr limites à pluralidade (“paradoxo do pluralismo”): “o *ethos* pluralista depende de uma dialética entre, por um lado, um conjunto fixo de normas não negociáveis destinadas a salvaguardar as bases de sustentação do modo de vida pluralista, e, por outro lado, abertura e aceitação de um amplo conjunto de ideologias diferentes”, aí incluídas as não pluralistas e anti pluralistas. Como este se situa no âmbito do constitucionalismo, este “núcleo duro” vem dado por referência à liberdade e à igualdade, cuja interpretação se abre a um leque limitado de diversidade e a divergências aceitáveis; a questão da compatibilidade está aberta ao debate e à participação, neste, de todos os interessados e, designadamente, ao esclarecimento de todos os termos envolvidos<sup>232</sup>. A sua proposta de pluralismo compreensivo permite enquadrar, não apenas o pluralismo normativo, mas também o pluralismo mundividencial e cultural, nas suas dimensões individuais e coletivas – e, por isso, o constitucionalismo plural que busca é não apenas estadual mas também supraestadual.

Assim, pode afirmar-se que não só não há incompatibilidade entre pluralismo e constitucionalismo como, no Estado Social e Democrático de Direito, entendido em *sentido material*, o constitucionalismo e o pluralismo, enquanto princípio jurídico e político, se exigem mutuamente<sup>233</sup>. A constituição faz sentido em contextos plurais, resultando a convergência constitucionalmente adequada de um pluralismo que prescreve a “maior acomodação possível da diferença e da divergência consistente com a manutenção das condições necessárias para que o pluralismo permaneça funcional e viável”<sup>234</sup>. Trata-se, por conseguinte, de compreender o pluralismo não como um problema mas como uma solução, o que marca a passagem de uma conceção descritiva a uma conceção *normativa* de pluralismo, reconciliando o pluralismo jurídico e ideológico através de novos modelos de ordenação constitucional (*lato sensu*), assim alcançando um “pluralismo ordenado”<sup>235</sup>. O seu pluralismo compreensivo – uma conceção de bem entre as demais – exige a acomodação de uma pluralidade de conceções de bem, *id est*, “abertura e aceitação de

---

<sup>232</sup> MICHEL ROSENFELD, *The Identity...*, cit., p. 276-277. O “limite dos limites” do aceitável é, para o autor, a colocação em situação de quase servidão.

<sup>233</sup> Sobre a relação entre pluralismo e constitucionalismo, MICHEL ROSENFELD, *The Identity...*, cit., p. 21 e NEIL WALKER, “Rosenfeld's...”, cit., p. 678, bem como MIGUEL PRATA ROQUE, “Sociedade...”, cit., *passim*.

<sup>234</sup> MICHEL ROSENFELD, *The Identity...*, cit., p. 275.

<sup>235</sup> MICHEL ROSENFELD, “Rethinking...”, cit., p. 416-417.



um amplo conjunto de ideologias diferentes”, aí incluídas as não pluralistas e anti pluralistas (normas de primeiro grau), no limite dado pela *incompatibilidade* com o conjunto fixo de normas inegociáveis do pluralismo normativo<sup>236</sup>. A determinação de prioridades entre normas de primeiro grau compatíveis com as normas de segundo grau faz-se segundo critérios que pretendem preservar a integridade das concepções de bem em causa, sendo que o que se revelar mais essencial da perspetiva de um conjunto de normas de primeiro grau deve ter prioridade sobre o que se revelar menos essencial da perspetiva de outro conjunto de normas (“teste da essencialidade”)<sup>237</sup>, e a identificação de disputas relativas a interesses e valores de igual nível em relação aos seus respetivos conjuntos de normas de primeiro grau, ou seja, de igual importância face à concepção de bem em relação à qual estão ligados, nível que, ao contrário dos anteriores, deve ser deixado à política democrática<sup>238</sup>.

Finalmente, a inclusividade e os seus limites são, por sua vez, resultado de uma convergência entre constituição e democracia e, por conseguinte, simultaneamente obra do legislador democrático e do juiz constitucional, o que implica a distinção entre o que cabe à constituição e o que cabe à política – ou, de outra perspetiva, à “política constitucional” e à “política normal”<sup>239</sup> - e entre o que deve ser discutido pelos parlamentos e o que deve ser decidido nos tribunais<sup>240</sup>. Sendo o liberalismo, o comunitarismo, o republicanismo ou o nacionalismo concepções de bem como outras, também elas terão de passar pelo “crivo” das normas de segundo grau e, por conseguinte, ser rejeitadas naqueles aspectos em que se revelem incompatíveis com

---

<sup>236</sup> MICHEL ROSENFELD, *The Identity...*, cit., p. 275. Quer isto dizer que os sistemas conseguem viver com níveis de dissonância e de divergência, desde que se mantenham nos limites da *compatibilidade* – assim, deverão ser admitidas todas as concepções de bem que sejam inconsistentes, ainda que não incompatíveis, com as normas de segundo grau, permitindo-se assim um certo grau de “dissonância normativa”. Sobre a questão, também MIGUEL PRATA ROQUE, “Sociedade...”, cit., em especial p. 379 ss. e, sobre os limites do pluralismo, p. 403 ss.

<sup>237</sup> Sobre a questão, MICHEL ROSENFELD, “Rethinking...”, cit., p. 435.

<sup>238</sup> As matérias relativas a este terceiro nível, essas, estão melhor se deixadas a um nível infraconstitucional, de preferência de acordo com um ideal republicano, sendo determinadas por um acordo relativo ao bem comum ou, na sua ausência, por deliberação comunitária. O melhor será deixar à política democrática, através de consenso ou de maioria, a decisão – que é, afinal, a opção entre concepções de bem diferentes.

<sup>239</sup> Sobre a questão, e à face da “democracia dualista” consagrada pela Constituição portuguesa, JÓNATAS MACHADO, *Liberdade religiosa...*, cit., p. 165 ss.

<sup>240</sup> Sobre a questão, ANTÓNIO CARLOS PEREIRA-MENAUT, *Doce...*, cit., p. 43 ss. e, desenvolvidamente, JORGE REIS NOVAIS, *Direitos...*, cit.

estas (ROSENFELD) - vale dizer, com o âmbito de garantia máxima do pluralismo. É neste sentido que pode dizer-se, por um lado, que não existe a “melhor” teoria” para a interpretação da constituição no contexto multicultural<sup>241</sup>, e, por outro, que cada uma dessas teorias pode, ela mesma, revelar-se não inclusiva. Ora, se ter uma constituição significa que a comunidade está *constituída* de determinada forma, cabe à constituição – a cada constituição concreta – estabelecer os contornos da inclusividade (aí incluídos os limites da hiper-inclusividade). Estes são suscetíveis de evolução e de densificação, como veremos, o que pressupõe uma “disposição” para uma interpretação compreensiva e inclusiva<sup>242</sup>. A isto se voltará *infra*, na Parte III, aquando da caracterização do princípio do pluralismo na Constituição portuguesa.

#### 4.2.A constituição aberta

A resposta à questão, com que nos vimos debatendo, de determinar se e em que medida a constituição – e, em especial, a nossa constituição - pode trazer uma resposta à questão do pluralismo, pressupõe destrinçar e mediar diferentes níveis de análise sobre a constituição, contrapondo um conceito abstrato e universalizável de constituição a um conceito concreto, particular, ou a “constituição ideal” à “constituição real”, referida a uma determinada comunidade política e aí buscando o seu contexto de compreensão<sup>243</sup>. Adotaremos, como método, o do “diálogo fecundo entre perspetivas” sobre o conceito e as funções da constituição<sup>244</sup>, tendo por pano de fundo um cenário já apelidado de “dissolução da teoria da constituição”<sup>245</sup>.

Podemos contrapor, na linha de SCHMIDT, um conceito absoluto a um conceito relativo, bem como um conceito positivo a um conceito ideal de constituição<sup>246</sup>, este

---

<sup>241</sup> J. J. GOMES CANOTILHO, “Jurisdicción...”, cit., p. 439 e

<sup>242</sup> *Idem*, cit., p. 434 ss.

<sup>243</sup> Esta distinção pode igualmente espelhar-se na distinção entre constitucionalismo e constituição, *vd.* MICHEL ROSENFELD, “The identity of the constitutional subject”, in *CaLR*, vol. 16, 1995, p. 1049 ss., p. 1063 ss.

<sup>244</sup> Assim, PAULO FERREIRA DA CUNHA, “Do conceito de constituição na doutrina portuguesa contemporânea”, Separata de *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares*, Coimbra, Universidade de Coimbra/Coimbra Editora, 2001, p. 551 ss., p. 580, tendo presente que as divergências em torno do conceito poderão ser interpretadas como convidando a um diálogo fecundo entre perspetivas mais que a uma definição dogmática.

<sup>245</sup> J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional...*, cit., p. 1355 ss.

<sup>246</sup> PAULO FERREIRA DA CUNHA, “Do conceito...”, cit., p. 552 e ROGÉRIO E. SOARES, “O

último remetendo para o conteúdo da constituição do constitucionalismo moderno, no qual convergem as exigências de proteção dos direitos fundamentais e de limitação e controlo do poder, tal como superiormente consagrado no sempre invocado art. 16.º da DDHC (1789)<sup>247</sup>. Este corresponde ainda ao *conteúdo* da constituição em relação ao qual se verifica um acordo a um nível abstrato ou universalizável: o constitucionalismo (ou seja, a regra e ordem constitucional como ideal) exige a imposição de limites aos poderes de governo, adesão ao *rule of law* (princípio da legalidade e da constitucionalidade, ou Estado de direito) e garantia de proteção dos direitos fundamentais<sup>248</sup>.

Impõe-se aludir ao binómio constituição como limite e a constituição como fundamento<sup>249</sup> (sem prejuízo de a análise da história constitucional poder ilustrar de formas diferentes a importância destas duas dimensões em diferentes sistemas constitucionais e, nestes, em diferentes momentos). Trata-se, por conseguinte, de retomar as questões essenciais da constituição como ‘ordem fundamental’ de uma comunidade política - quem, na comunidade, detém o poder, quem pertence à comunidade e quem dela está excluído, e por que valores coletivos se rege tal comunidade - questões cuja resolução, com um certo grau de estabilidade, permitem afirmar que uma comunidade está “constituída de uma certa forma”<sup>250</sup> (ou que tem uma determinada *identidade*<sup>251</sup>). A constituição é, porém, “forma que aspira a um fim”, qual seja o de “regular a vida da comunidade política de modo a que o poder que nela se exerça seja um poder efetivamente limitado pelas suas próprias normas”, limitação essa que, por sua vez, ocorre fundamentalmente através da fixação de um elenco de direitos (“parte subjetiva”) e da organização do poder de acordo com um

---

Conceito Ocidental de Constituição”, in *RLJ*, n.ºs 3743 e 3744, 1986.

<sup>247</sup> Alude-se, pois, ao conceito moderno de constituição, ou, na expressão de PAULO FERREIRA DA CUNHA, *Direito Constitucional Geral*, cit., p. 97 ss., à tríade mítica do constitucionalismo moderno: documento escrito, direitos fundamentais e divisão de poderes, diferente do conceito institucional ou histórico-universal de constituição. Sobre estes conceitos, *supra*, Cap. I, 1.

<sup>248</sup> MICHEL ROSENFELD, “Constitutional identity”, in *The Oxford...*, cit., p. 756 ss., p. 757 e *The Identity...*, cit., p. 3.

<sup>249</sup> Sobre esta dupla dimensão, RAINER WHAL, “In defence of constitution”, in *The twilight...*, cit., p. 220 ss., p. 221 ss.

<sup>250</sup> Na linha de ROGÉRIO E. SOARES, “O conceito...”, cit., p. 36 ss., retomado por MARIA LÚCIA AMARAL, *A Forma...*, cit., p. 19.

<sup>251</sup> Aludimos aqui ao conceito de identidade constitucional, de que nos ocuparemos *infra*.

princípio de separação (“parte orgânica”)<sup>252</sup>. Na verdade, duas dimensões não separáveis, se entendermos que a limitação do poder serve o propósito da realização dos direitos fundamentais e, por conseguinte, que a discussão sobre a legitimidade da constituição impõe a referência aos direitos fundamentais<sup>253</sup>.

A “constituição do constitucionalismo” ou do neoconstitucionalismo é uma constituição normativa<sup>254</sup>, normatividade, hoje em dia, reformulada como “internormatividade”. O reforço da normatividade da constituição transnacional tem, porém, como contrapartida, a debilitação da dimensão normativa da constituição nacional, *rectius*, da superioridade normativa da constituição nacional<sup>255</sup>. Como vimos, de acordo com a perspectiva pluralista, não se trata de abaixamento de grau na hierarquia normativa, mas antes de heterarquia e diferenciação funcional concretizada em diálogos constitucionais complexos. A passagem à internormatividade faz, outrossim, avultar a função de reserva identitária das constituições nacionais, ou de proteção do núcleo essencial da identidade constitucional (*vd. infra*).

A “força normativa” da constituição, por seu turno, não resulta apenas de uma decisão constituinte nesse sentido, como escreve MARIA LÚCIA AMARAL – tal pode ser condição necessária, mas não é condição suficiente<sup>256</sup>. A normatividade de uma constituição, a sua capacidade de se impor à realidade (sem que isso implique asfixiar a realidade), ensina, resulta ainda de pressupostos internos e externos<sup>257</sup>, quais sejam a sua capacidade de canalizar democraticamente a afirmação de interesses divergentes das forças sociais e políticas, através do princípio democrático e do reconhecimento de uma margem de liberdade ao legislador que preserve a sua liberdade política, bem como garantindo que as normas constitucionais possam corresponder a um projeto comum que corresponde às aspirações de uma comunidade<sup>258</sup>.

---

<sup>252</sup> MARIA LÚCIA AMARAL, *A Forma...*, cit., p. 37, traduzindo-se no chamado conceito racional-normativo de constituição.

<sup>253</sup> LUZIA PINTO, *Os limites...*, cit., p. 139 ss.

<sup>254</sup> MARIA LÚCIA AMARAL, *A Forma...*, cit., p. 93 ss.

<sup>255</sup> LUIGI FERRAJOLI, “Pasado...”, cit., p.19.

<sup>256</sup> MARIA LÚCIA AMARAL, *A Forma...*, cit., p. 99.

<sup>257</sup> *Idem*, cit., p. 96 ss.

<sup>258</sup> *Idem*, cit., p. 102.

Como escreve PEREIRA COUTINHO, admitida uma parametrização normativa, ela tem, em todo o caso, de ser comunitariamente assumida, “já que sem comunidade que nela se reveja (...) nada pode salvar o Direito que a reflete”<sup>259</sup>, e constantemente renovada<sup>260</sup>, aludindo-se a propósito ao conceito de *dinamismo constitucional*<sup>261</sup>. Trata-se, por conseguinte, de salientar que a vigência de uma constituição no tempo exige uma “vontade de constituição” que lhe esteja subjacente, declinada como “vontade geral” permanentemente atualizada, como propõe PEREIRA COUTINHO na senda da “vontade de constituição” a que alude HESSE e da “cultura constitucional” a que alude HÄBERLE e, também entre nós, JORGE MIRANDA e PAULO FERREIRA DA CUNHA – ou seja, que na ausência de uma adesão à normatividade constitucional por parte daqueles que se lhe subordinam, a mesma se encontra condenada<sup>262</sup>.

A constituição não desempenha apenas uma função conformadora, de “construção da unidade jurídica da comunidade”, mas também uma função integradora<sup>263</sup>, entendida como processo contínuo<sup>264</sup> de “construção da unidade

---

<sup>259</sup> LUÍS PEREIRA COUTINHO, *A autoridade...*, cit., p. 545.

<sup>260</sup> *Idem*, cit., p. 377.

<sup>261</sup> Na dupla aceção de “necessária renovação em cada geração do compromisso ético que subjaz à Constituição, sob pena de esta não subsistir no tempo”, e “necessária atualização da normatividade constitucional escrita e não escrita” para que esta “permaneça refletora daquele compromisso no âmbito de renovados circunstancialismos históricos”, *vd.* LUÍS PEREIRA COUTINHO, *A autoridade...*, cit., p. 377.

<sup>262</sup> LUÍS PEREIRA COUTINHO, *A autoridade...*, cit., p. 377-380. Sobre estes conceitos, PETER HÄBERLE, *Teoria...*, cit., p. 36 ss., KONRAD HESSE, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Heidelberg, Müller Verlag, 1999, p. 16 ss., JORGE MIRANDA, *Manual...*, Tomo II, cit., p. 54 ss. e p. 68 ss. e PAULO FERREIRA DA CUNHA, *Constituição & Política. Poder Constituinte, Constituição material e cultura constitucional*, Lisboa, Quid Juris, 2012, p. 29 ss., sustentando que uma cultura constitucional do nosso tempo terá de assentar em três princípios mínimos: estabilidade da constituição, primado ou prevalência da constituição sobre o demais Direito, e constitucionalidade das leis.

<sup>263</sup> Retomando CASTANHEIRA NEVES, o Direito é fator de uma determinada integração a manter mas também, e antes de mais, expressão de uma integração pressuposta, nada podendo contra a sua desagregação, *apud* LUÍS PEREIRA COUTINHO, *A autoridade...*, cit., p. 361. Coube a Smend aprofundar o conceito de integração, com importantes consequências para a interpretação dos direitos fundamentais e para a sua afirmação como valores estruturantes da ordem jurídica. Sobre a questão, JOAQUÍN BRAGE CAMAZANO, “La doctrina de Smend como punto de inflexión de la hermenéutica y concepción de los derechos fundamentales por los tribunales constitucionales a partir de la segunda posguerra”, *in RIDPC*, n.º 11, 2009, p. 95 ss.

<sup>264</sup> Na linha de SMEND, *vd.* JOAQUÍN BRAGE CAMAZANO, “La doctrina...”, cit. e, entre nós, também MANUEL AFONSO VAZ, *Teoria da Constituição*, Coimbra, Coimbra Editora, 2012, p. 45.

política<sup>265</sup>, ainda que esta última, e a sua articulação com a dimensão normativa, possam ser objeto de entendimentos diferentes<sup>266</sup>. A integração de tipo material ou objetivo, na linha proposta por SMEND, implica um conjunto de valores vividos como comuns pela comunidade, uma “socialidade de vivências substantivas”, manifestando-se de diversas formas entre as quais avultam os direitos fundamentais<sup>267</sup>. A integração convoca assim dimensões reais de poder e processos de escolha orientados por critérios produtores de equilíbrios, inscritos num quadro de valores *jurídicos* plasmado na constituição do Estado<sup>268</sup> e, por conseguinte, impõe a articulação entre constituição em sentido material e constituição em sentido formal<sup>269</sup>.

Assim, a dimensão normativa da constituição convoca a sua dimensão *integradora*, não porventura apenas enquanto efeito extrajurídico eventual e positivo de um objeto jurídico que é a constituição<sup>270</sup>, mas também com um sentido *legitimador*<sup>271</sup>. À legitimidade da constituição como “conformidade substancial com a ideia de direito, os valores, os interesses de um povo num determinado momento histórico”, *maxime* como legitimidade assente nos direitos fundamentais<sup>272</sup>, corresponde uma *função de legitimidade*, contribuindo “para a sua aceitação real

---

<sup>265</sup> Aludimos aqui à síntese das funções da constituição do Estado contemporâneo de MANUEL AFONSO VAZ, *Teoria...*, cit., p. 45 ss. Contrapondo a dimensão normativa da constituição aos seus efeitos integradores, produto eventual e secundário daquela, DIETER GRIMM, “Integration by Constitution”, in *ICON*, n.º 3, 2005, p. 193 ss.

<sup>266</sup> Assim, DIETER GRIMM, “Integration...”, cit., p. 193-194 e, sobre os tipos de integração - pessoal, funcional ou processual, material ou objetiva - em que, na construção de Smend, se baseia a vida do Estado, JOAQUÍN BRAGE CAMAZANO, “La doctrina...”, cit., p. 98 ss.

<sup>267</sup> JOAQUÍN BRAGE CAMAZANO, “La doctrina...”, cit., p. 101 e *passim*.

<sup>268</sup> MANUEL AFONSO VAZ, *Teoria...*, cit., p. 45 e 46.

<sup>269</sup> Sobre estes conceitos, JORGE MIRANDA, *Manual...*, Tomo II, cit., p. 10 ss., J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional...*, cit., p. 1139, PAULO FERREIRA DA CUNHA, *Direito constitucional geral*, cit., p. 127 ss. e MANUEL AFONSO VAZ, *Teoria...*, cit., p. 54 ss., aludindo à perda de utilidade da distinção ao nível da ciência do direito constitucional, mas não da Teoria da Constituição.

<sup>270</sup> Assim, DIETER GRIMM, “Integration...”, cit., p. 194 ss.

<sup>271</sup> MARIA LÚCIA AMARAL, *A Forma...*, cit., p. 101 e, também, J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional ...*, cit., p. 1439-1440. Às funções constitucionais de *revelação de consensos fundamentais* e de *legitimação da ordem política* (de legitimidade e de legitimação do poder), somam-se as funções de *garantia e de proteção* (garantia e proteção dos direitos fundamentais e garantia da limitação do poder), de *organização do poder político* e de *ordem e ordenação*, ob. cit., p. 1438 ss.

<sup>272</sup> Sobre a compreensão normativo-material da legitimidade da constituição, fundada nos direitos humanos constitucionalizados como expressão de um processo de emancipação, LUZIA PINTO, *Os limites...*, cit., em especial p. 30 ss. e 139 ss.

(consenso fáctico ou aceitação fáctica ou sociológica) e para uma boa ordenação da sociedade assente em princípios de justiça normativo-constitucionalmente consagrados”<sup>273</sup>.

A constituição – ou a constituição viva de HÄBERLE, que não é mero acervo de normas, mas “expressão de certo grau de desenvolvimento cultural, meio de autorrepresentação de um povo, espelho do seu legado cultural e fundamento das suas esperanças e desejos”<sup>274</sup> - não se reduz, assim, a uma dimensão textual “asséptica”. Ela abre-se<sup>275</sup> ao tempo, à realidade social, às forças de poder, à cultura e aos valores e, por conseguinte, à necessidade de dialogar com a realidade sem perder a sua vocação normativa e estabilizadora<sup>276</sup>. Tal remete-nos para o conceito de “tridimensionalidade constitucional”<sup>277</sup> ou constituição como ‘texto’, ‘valores’ e ‘realidade’ - política, económica, social, cultural, jurídica, mas também realidade de factos e de opiniões, ideologias, posturas políticas, cultura constitucional<sup>278</sup>. Assim o impõe a tríplice função “institucionalizadora”, “estabilizadora” e “prospetiva” do sistema de normas constitucionais<sup>279</sup>.

---

<sup>273</sup> J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional ...*, cit., p. 1439-1440.

<sup>274</sup> PETER HÄBERLE, *Teoria...*, cit., p. 34. A compreensão da constituição a partir das ciências da cultura, ressalva o autor, ob. cit., p. 78-79, não debilita a sua força normativa nem retira à ciência jurídica a sua razão de ser, antes exige dos juristas um diálogo com outras ciências na concretização da constituição pluralista.

<sup>275</sup> Sobre a constituição como ordem aberta, J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional...*, cit., p. 1435 ss. Ainda sobre a “abertura constitucional”, JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO, *A estruturação...*, vol. II, cit., p. 374 ss.

<sup>276</sup> Assim escreve MANUEL AFONSO VAZ, *Teoria...*, cit., p. 72. Também J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional...*, cit., p. 1435-36 se refere, na senda de HESSE, à polaridade entre elementos de estabilidade e de flexibilidade.

<sup>277</sup> MANUEL AFONSO VAZ, *Teoria ...*, cit., p. 67-68, construção que evoca a tridimensionalidade jurídica proposta por MIGUEL REALE. Sobre esta, reformulada como tetradimensionalidade, por PAULO LÓPO DE SARAIVA, *vd.* PAULO BONAVIDES, *Teoria constitucional da democracia participativa*, São Paulo, Malheiros, 2003, p. 374 ss.

<sup>278</sup> *Idem* e JORGE MIRANDA, aludindo à “circulação norma/realidade constitucional/ valor”, in *Manual...*, Tomo II, cit., p. 68 e 261. Como escreve JORGE MIRANDA, ob. cit., p. 68, a constituição “tem de ser constantemente confrontada com os princípios e é por eles envolvida em grau variável; tem de ser sempre pensada em face da realidade política, económica, social e cultural que lhe está subjacente e que é uma realidade não apenas de factos mas ainda de opiniões, de ideologias, de posturas políticas, de cultura cívica e constitucional; e esta cultura carrega-se, por seu turno, de remissões para princípios valorativos superiores (o que significa que se dá uma circulação entre valor, Constituição e realidade constitucional) ”.

<sup>279</sup> JORGE MIRANDA,, *Manual...*, Tomo II, cit., p. 68.

Pelo que vem sendo dito se percebe a dupla natureza da constituição como instância do sistema jurídico e do sistema político, na linguagem sistêmica de MARCELO NEVES<sup>280</sup>, traduzida na definição de constituição como “estatuto jurídico do político”, na formulação introduzida entre nós por CASTANHEIRA NEVES e acolhida por GOMES CANOTILHO<sup>281</sup>. No Estado de Direito, tomado aqui na sua aceção material ou substancial<sup>282</sup>, que é Estado *constitucional* de Direito, “a subordinação da lei aos princípios constitucionais equivale a introduzir uma dimensão substancial não apenas nas condições de validade das normas, mas também na natureza da democracia”<sup>283</sup>, a qual, assim, simultaneamente limita e completa<sup>284</sup>.

Uma constituição, em todo o caso, “humanizada” pela referência à sociedade<sup>285</sup>, e não apenas ao poder<sup>286</sup> - estatuto do poder político e da sociedade<sup>287</sup>,

---

<sup>280</sup> MARCELO NEVES, *Transconstitucionalismo*, cit., p. 58, que admite, nas construções globais a que fizemos alusão, a sua ligação a uma comunidade política não estadual.

<sup>281</sup> J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional...*, cit., p. 1407 e 1635 e PAULO FERREIRA DA CUNHA, “Do conceito...”, cit., p. 564. Já LUÍS PEREIRA COUTINHO recusa a noção de Constituição como “estatuto jurídico do político, assumindo um conceito de Constituição que releva do axiológico (possibilitador do diálogo, impossível sem um termo comum), e não do ideológico (na contraposição de CASTANHEIRA NEVES). A Constituição será “normatividade axiologicamente expressiva”, escreve, pelo que “ou há um lugar parametrizador relevante de uma “intenção axiológica” ou, pelo contrário, há um lugar parametrizador relevante de uma “intenção ideológica”, sendo os dois incompatíveis, *vd.* LUÍS PEREIRA COUTINHO, *A autoridade...*, cit., p. 437 ss. Criticamente, JORGE MIRANDA, “Apreciação da dissertação de doutoramento do mestre Luís Pereira Coutinho”, in *RFDUL*, vol. 49, 2009, insistindo na dimensão de limitação do poder, a par da dimensão axiológica.

<sup>282</sup> Sobre o Estado de Direito e sua evolução, JORGE REIS NOVAIS, *Os princípios constitucionais estruturantes da república portuguesa*, Coimbra, Coimbra Editora, 2004, p. 15 ss. e LUIGI FERRAJOLI, “Pasado...”, cit., p. 13 ss., este último contrapondo um sentido lato, débil ou formal a um sentido forte ou substancial de Estado de Direito, correspondente a dois modelos normativos diferentes: *Estado legislativo de Direito* (Estado legal) e *Estado constitucional de Direito* (Estado constitucional), os quais, historicamente, sucederam ao Direito pré-moderno.

<sup>283</sup> LUIGI FERRAJOLI, “Pasado...”, cit., p. 19.

<sup>284</sup> Sobre a questão, JORGE REIS NOVAIS, *Direitos ...*, cit., p. 17 ss.

<sup>285</sup> O Estado, como “comunidade e poder juridicamente organizados, pois só o Direito permite passar, na comunidade, da simples coexistência à coesão convivencial e, no poder, do facto à instituição”, para recorrermos às palavras de JORGE MIRANDA, é simultaneamente poder e comunidade, e este último conceito, por seu turno, guarda autonomia em relação ao de sociedade *tout court*, *vd.* JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, Tomo III, 5.<sup>a</sup> ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2004, p. 26 e 29 ss.

<sup>286</sup> Se a sociedade não se reduz ao político, exige-o todavia, fazendo por conseguinte sentido a interrogação de AZZARITI sobre se, perante a heterogeneidade e pluralidade crescente das nossas sociedades, o apelo à tolerância não redundaria, afinal, numa “renúncia ao juízo político” e à “intenção emancipatória” do constitucionalismo, *vd.* GAETANO AZZARITI “Cittadinanza e multiculturalismo: immagini riflesse e giudizio politico”, in *DP*, 1, 2008, p. 85 ss.



portanto - que se faz expressão dos “valores jurídicos básicos” da comunidade política e da ideia de Direito aí vigente<sup>288</sup> ou, de outra forma, exprime ou visa exprimir “uma posição quanto à estrutura e sentido do corpo social”<sup>289</sup>.

Em contextos de pluralismo cultural, pode – *rectius*, deve - legitimamente colocar-se a questão de saber como pode a constituição e, em especial, o sistema de direitos fundamentais reconstruir-se enquanto “unidade de sentido”. Assim, afirmar que os direitos fundamentais não se compreendem sem a referência a uma determinada constituição concreta implica ainda que não constituem uma ordem ou sistema neutros, mas uma “unidade normativa-valorativa” com um sentido cultural e, nessa medida, eles assumem uma dupla dimensão, objetiva e subjetiva<sup>290</sup>. Eles traduzem, por isso, “valores ou bens que a constituição, nuns casos, recebe como dados irrecusáveis da cultura universal ou nacional, noutros casos de algum modo cria, procurando interpretar o sentido coletivo da época na determinação de um projeto de vida em comum”<sup>291</sup>. O reconhecimento desta dupla dimensão reconcilia o indivíduo com a comunidade, no sentido em que “o indivíduo só é livre e digno numa comunidade livre; a comunidade só é livre se for composta por homens livres e dignos”<sup>292</sup>, conduzindo à necessidade de pensar as normas de direitos fundamentais não apenas de um ponto de vista individual-subjetivo, mas também como valores ou fins que a comunidade se propõe prosseguir, *maxime* através da ação estadual, como

---

<sup>287</sup> JORGE MIRANDA, *Manual...*, Tomo II, Coimbra, Coimbra Editora, 2000, p. 21 e, no mesmo sentido, a definição de constituição como “estatuto jurídico fundamental da comunidade política”, proposta por MANUEL AFONSO VAZ, *Teoria...*, cit., p. 47.

<sup>288</sup> JORGE MIRANDA, *Manual...*, Tomo II, cit., p. 69.

<sup>289</sup> ROGÉRIO E. SOARES, “O conceito...”, cit., p. 36 e, aludindo à função de “ordenação sistemática e racional” atribuída à constituição de acordo com o conceito moderno abstracto, J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional...*, cit., p. 107.

<sup>290</sup> Pese embora a dificuldade de recorte da distinção, dada a variação de contextos e alcances que lhe são reconhecidos. Sobre a questão, J. C. VIEIRA DE ANDRADE, *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*, Coimbra, Almedina, 2012, p. 107 ss. e CRISTINA QUEIROZ, *Direitos Fundamentais. Teoria Geral*, Coimbra, Coimbra Editora, 2010, p. 114 ss. A dimensão objetiva *em sentido estrito* assume um carácter residual no sentido em que designa apenas os efeitos que complementem ou transcendam o âmbito específico da dimensão subjetiva, cujos efeitos devem ser plenamente autonomizados, como propõe J. C. VIEIRA DE ANDRADE, ob. cit., p. 110 e, também, CRISTINA QUEIROZ, ob. cit., p. 117.

<sup>291</sup> J. C. VIEIRA DE ANDRADE, *Os direitos...*, cit., p. 100.

<sup>292</sup> *Idem*, cit., p. 108.

“decisão constitucional fundamental” ou “bases objetivas de ordenação da vida social”<sup>293</sup>.

Se o constitucionalismo moderno (o novo constitucionalismo) se abre aos valores e aos princípios materiais informadores da vida em sociedade (legitimidade material)<sup>294</sup>, essa *abertura material* não pode, na linha do que vem sendo dito, ser entendida de forma rígida, hierárquica e estática, mas antes como “ordem de valores” pluralista<sup>295</sup>. O apelo a valores há-de fazer-se sob apertada “vigilância discursivo-comunicativa”, na expressão de GOMES CANOTILHO - não pode nem deve significar a incorporação ou positivação de qualquer teoria material de valores ou de qualquer escola filosófica sobre os valores, sob pena de conduzir a uma “conceção integracionista” da ordem constitucional em prejuízo de uma “ordem integrativamente pluralista”<sup>296</sup>. A procura dos valores não se confunde, por outro lado, com *subjetivismo*, antes a ideia de direito que subjaz à constituição material há-de ser ideia comunitária, “representação que certa comunidade faz da sua ordenação e do seu destino à luz dos princípios jurídicos”<sup>297</sup>. Assim, parafraseando LUZIA PINTO, os valores que se vão “inscrevendo no conteúdo” dos direitos fundamentais têm um fundamento histórico-empírico, não metafísico, exprimem “necessidades” capazes de conduzir a consensos sobre a sua justificação<sup>298</sup>.

---

<sup>293</sup> *Idem*, cit., p. 108. Entenda-se, todavia, esta dupla dimensão como manifestação da complexidade estrutural, multidimensionalidade ou multifuncionalidade reconhecida às normas de direitos fundamentais, ou seja, sem prejuízo do reconhecimento de uma presunção a favor da existência da dimensão subjetiva, J. C. VIEIRA DE ANDRADE, *Os direitos...*, cit., p. 145.

<sup>294</sup> J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional...*, cit., p.1336. Não há constituições axiologicamente neutras, escreve PAULO OTERO, pois todas elas pressupõem e traduzem valores, tendo uma identidade axiológica *própria*. Esta pressupõe, para o autor, a unidade e sistematicidade dos valores constitucionais e a abertura do sistema de valores à evolução ou, de outra forma, a *temporalidade e a historicidade da identidade* da Constituição, *vd.* PAULO OTERO, *Direito Constitucional Português*, Vol. I – Identidade Constitucional, Coimbra, Almedina, 2010, p. 21 ss.

<sup>295</sup> Assim escreve MANUEL AFONSO VAZ, *Teoria...*, cit., p. 69 ss.

<sup>296</sup> J. J. GOMES CANOTILHO, “Jurisdicción...”, cit., p. 434-435. Sobre a relação entre direitos e valores, JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, Tomo IV, 5.<sup>a</sup> ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2012, p. 61 ss. Sobre as críticas à hermenêutica dos valores (*Wertjudikatur*) e sua aplicação pelo *BVerfG*, SILVIA NICCOLAI, “Proposte di interpretazione minima della Costituzione in Germania” (saggio-recensione ai volumi di C. Starck, *Freiheit und Institutionen* e S. Huster, *Die etische Neutralität des Staates*), in *RCDP*, III, 2003, p. 579 ss., p. 582 ss.

<sup>297</sup> JORGE MIRANDA, *Manual...*, Tomo II, cit., p. 69.

<sup>298</sup> LUZIA PINTO, *Os limites...*, cit., p. 145-146.

Como bem lembra MARIA LÚCIA AMARAL, no mundo do pluralismo contemporâneo, “a constituição não impõe, não pode impor a unidade”, mas tão só “criar as condições para que a unidade seja possível”<sup>299</sup>. Por essa razão, o sistema de valores que a constituição materializa deve ser entendido como algo “construído” a partir de uma “pluralidade social de pontos de vista sobre o bem comum”<sup>300</sup>. O “ponto ótimo” parece assim residir na capacidade de equilibrar as exigências do pluralismo com a preservação do desempenho, pela constituição, das suas funções de autodescrição da identidade nacional e de autorreferência<sup>301</sup> - ou seja, com a preservação de uma identidade constitucional própria<sup>302</sup>.

Avulta, por conseguinte, a distinção entre constituição como “ordem quadro” (ou “constituição leve”) e constituição como “ordem de valores”<sup>303</sup>, com os reflexos que daí resultam seja quanto à repartição de poderes entre “legislador” e “constituição” - ou, mais amplamente, entre os intérpretes da “comunidade aberta de intérpretes da constituição” de HÄBERLE - quanto à interpretação dos valores e dos fins comunitários<sup>304</sup>, seja quanto aos limites estruturais e funcionais da interpretação constitucional protagonizada por órgãos de justiça constitucional.

Certas dimensões da chamada “abertura constitucional” revelam-se essenciais para que a constituição possa desempenhar as suas funções de ordenação e autorreferência, mantendo a sua “capacidade de prestação”, sem com isso se tornar excessivamente “codificadora” ou perder a sua aptidão para se manter “dentro do

---

<sup>299</sup> MARIA LÚCIA AMARAL, *A Forma...*, cit., p. 102.

<sup>300</sup> MANUEL AFONSO VAZ, *Teoria...*, cit., p. 44.

<sup>301</sup> Sobre estas, J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional ...*, cit., p. 1426. A *autodescrição da identidade nacional*, refere-se à “produção de um texto com o qual e através do qual uma determinada organização se identifica a si própria”, ao passo que, através da função de *autoreferência*, “os pluralismos e dinamismos da vida constitucional são captados através da identidade de referência, pois as regras e os princípios constitucionais autodescritos num texto permanecem os mesmos, sem deixarem de estar abertos ao tempo através da flexibilização dos conteúdos”.

<sup>302</sup> “Simplificar o discurso constitucional pode parecer a via para conservar à cultura europeia foros de cidadania no “constitucionalismo” do mundo globalizado”, no qual quase se impõe “a adoção de uma espécie de esperanto constitucional, que, rejeitando a particularidade, a complexidade e a espessura dos projetos constitucionais de cada estado europeu, possa cimentar uma nova identidade, simplificada, móvel, generalizada”, escreve SILVIA NICCOLAI, “Proposte...”, cit., p. 612.

<sup>303</sup> Sobre a questão, SILVIA NICCOLAI, “Proposte...”, cit., p. 580 ss. e LUZIA PINTO, *Os limites...*, cit., p. 73 ss.

<sup>304</sup> Aludindo à constituição como instrumento, e não estorvo, de governabilidade, GUSTAVO ZAGREBELSKY, *“La Corte...”*, cit., p. 5.

tempo”<sup>305</sup>. A “dimensão temporal da Constituição” – que não é autónoma, antes intervém através da “realidade” e da “cultura” constitucionais<sup>306</sup> - evoca a necessidade de equilíbrios entre a necessidade de permanência ou a função de estabilidade e a necessidade de abertura ao tempo e à realidade, de “evolução”, sob pena de perda de efetividade<sup>307</sup>.

A interpretação constitucional como forma de abertura da constituição no contexto da “tridimensionalidade constitucional”<sup>308</sup> a que aludimos *supra*, produz identidade constitucional e é ao mesmo tempo modelada, preenchida e moldada por esta<sup>309</sup>. A tarefa do intérprete aplicador da Constituição não é apenas a de decidir entre um sentido original ou atualista do texto, ou realizar a “síntese intergeracional” a que alude ACKERMAN<sup>310</sup>, mas também decidir entre vários sentidos possíveis a conferir ao mesmo texto. A “Constituição de muitas mentes”, parafraseando a conhecida obra de CASS SUNSTEIN, pode assim ser uma Constituição que se abre a

---

<sup>305</sup> J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional ...*, cit., p. 1336.

<sup>306</sup> MANUEL AFONSO VAZ, *Teoria...*, cit., p. 72 e 158 ss. Enquanto componente da normatividade constitucional, o tempo assume relevância para a efetivação dos direitos fundamentais, diferenciada consoante se trate de direitos liberdades e garantias ou de direitos sociais - nos primeiros, “o tempo faz sentir a sua influência na tarefa de *determinar o conteúdo constitucional* dos preceitos. Será através da interpretação e da concretização da norma que se alcança a medida do direito constitucionalmente garantida”, podendo caber ao juiz ou ao legislador a interpretação da “cultura” e da “realidade” constitucionais, *vd.* MANUEL AFONSO VAZ, “O tempo e a efetivação dos direitos fundamentais”, in CARLA AMADO GOMES (org.), *V Encontro de Professores de Direito Público*, Lisboa, ICJP, 2012, p. 9 ss., p. 15.

<sup>307</sup> MANUEL AFONSO VAZ, *Teoria...*, cit., p. 72. Em geral, sobre as vicissitudes constitucionais, JORGE MIRANDA, *Manual...*, cit., Tomo II, p. 132 ss.

<sup>308</sup> Por conseguinte, como escreve MANUEL AFONSO VAZ, “O tempo...”, cit., p. 10, os “velhos conceitos” da “cultura constitucional” e da “realidade constitucional” continuam a fazer sentido, sendo através da “interpretação e da integração que o jurista, ou a comunidade jurídica, descobre ou atualiza os seus direitos”. O intérprete-aplicador desta constituição “tridimensional” dispõe de instrumentos, ou princípios orientadores, para concretizar esta tarefa, como os princípios da unidade, do efeito integrador e da concordância prática, *cf.* MANUEL AFONSO VAZ, *Teoria...*, cit., p. 118, J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito constitucional...*, cit., p. 1223 ss. e JORGE MIRANDA, *Manual...*, Tomo II, cit., p. 256 ss.

<sup>309</sup> MICHEL ROSENFELD, “Constitutional...”, cit., p. 771, exemplificando com jurisprudência. Entre nós, MANUEL AFONSO VAZ, *Teoria...*, cit., p. 74-75 dá como exemplo de osmose entre texto, realidade e cultura constitucionais a interpretação do art. 36.º na recente jurisprudência constitucional sobre casamento entre pessoas do mesmo sexo, nos Acórdãos n.º 359/2009 e 121/2010.

<sup>310</sup> BRUCE ACKERMAN, “Rooted Cosmopolitanism”, Faculty Scholarship Series, Paper 135, 1994, disponível em [http://digitalcommons.law.yale.edu/fss\\_papers/135](http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/135) [26/07/2013].

diferentes interpretações não apenas ao longo do tempo<sup>311</sup>, mas também num determinado momento. Ela permite, por conseguinte, captar a realidade cultural e valorativa mas também as suas mudanças, possibilitando o desenvolvimento constitucional<sup>312</sup>.

Tal sugere, nas palavras de GOMES CANOTILHO, uma Constituição capaz ainda de traduzir a “estrutura moral” da comunidade, as “exigências constitucionais mínimas”, no contexto de um “constitucionalismo moralmente reflexivo”<sup>313</sup> que permite recuperar a função dirigente da constituição<sup>314</sup>. Remete-nos, por conseguinte, para a necessidade de pensar o (lugar do) futuro na Constituição, a sua natureza *intergeracional* ou de “pacto entre gerações” – também ela uma dimensão de abertura constitucional – e, também, a possibilidade (susceptível de ser discutida, é certo) de encerrar uma dimensão de “promessa”<sup>315</sup>.

---

<sup>311</sup> Veja-se, a propósito e no contexto norte-americano, a controvérsia entre originalistas como o Juiz Scalia, defensor da “Constituição morta”, e os defensores da interpretação da Constituição como instrumento vivo, *vd.* ALAN DERSHOWITZ, *Rights from wrongs*, Cambridge, Basic Books, 2004, p. 224 ss. e, entre nós, sobre atualismo e historicismo na interpretação constitucional, DIOGO FREITAS DO AMARAL, “Parecer sobre a conformidade da lei dos casamentos entre pessoas do mesmo sexo com a Constituição”, in *RDP*, ano III, n.º5, 2011, p. 239 ss., p. 254 ss.

<sup>312</sup> Que, todavia, não se circunscreve à interpretação evolutiva. Sobre o conceito, *vd.* PETER HÄBERLE, *Teoria...*, cit., p. 42 ss., J. J. GOMES CANOTILHO, “*Brançosos*”..., cit., p. 121 ss. e JORGE MIRANDA, *Manual...*, Tomo II, cit., p. 143 ss. Discutindo precisamente os limites da interpretação evolutiva, DIOGO FREITAS DO AMARAL, “Parecer...”, cit., em especial p. 254 ss.

<sup>313</sup> J. J. GOMES CANOTILHO, “*Brançosos*”..., cit., p. 106 e 126 ss.

<sup>314</sup> A ideia de “diretividade constitucional” mantém sentido quando inserida numa compreensão crítica próxima deste “constitucionalismo moralmente reflexivo” que evite duas unilateralidades: “o peso do discurso da meta narratividade que hoje só poderia subsistir como relíquia da má utopia do sujeito do domínio e da razão *emancipatória*”, e “a desestruturação moral dos pactos fundadores escondida, muitas vezes, num simples esquema processual da *razão cínica* económico-tecnocrática”, escreve J. J. GOMES CANOTILHO, “*Brançosos*”..., cit., p. 125.

<sup>315</sup> Aludimos aqui à possibilidade de interpretação da constituição como uma promessa (*Verheißung*), como tentou, face à *GG*, parte minoritária da doutrina alemã – sobre a questão, criticamente, MATTHIAS HARTWIG, “La costituzione come promessa del futuro”, in RAFFAELE BIFULCO/ANTÓNIO D’ALOIA (org.), *Un Diritto per il futuro. Teorie e modelli dello sviluppo sostenibile e della responsabilità intergenerazionale*, Napoli, Jovene Editore, 2008, p. 57 ss., afirmando que o conceito constitucional de Bona contribuiu para definir um quadro no interior do qual estão estabelecidas as regras do jogo político e da vida social e económica, mas sem a pretensão de predeterminar o futuro. Por isso, segundo HARTWIG, deve atribuir-se à afirmação do parágrafo 3 do art. 1.º da *GG*, sobre a aplicabilidade directa dos direitos fundamentais, o carácter essencial da Lei Fundamental: protege os direitos actualmente atribuídos às pessoas, cuja realização não se remete para uma escolha legislativa futura. Esta última deve ser o resultado da discussão sociopolítica gerada no seio da comunidade e não emanação directa do legislador constitucional.

Em suma, e recorrendo às palavras de LUÍSA NETO, a conciliação entre constituição e democracia e a “análise estrutural-material da “densidade” e “abertura” das normas constitucionais até à própria “compreensão” da constituição em si mesma, implica uma “legitimação-legitimidade” de uma ordem constitucional no duplo sentido de justificação-explicação de uma ordem de domínio (estrutura de domínio) e de fundamentação última da ordem normativa, de “apoio” ou “fundamento específico”, fonte da sua dignidade e garante das suas apreensões”<sup>316</sup>.

### 4.3. Identidade(s) e constituição

Não podemos deixar de notar<sup>317</sup> que o *tópico da identidade* se estende também ao direito constitucional. Sendo um conceito gerador de sentimentos ambivalentes, ora de atração ora de repulsa<sup>318</sup>, a identidade apresenta-se como polissémica, designando simultaneamente semelhança (“sameness”) e individualidade (“selfhood”)<sup>319</sup>, ou seja, o pressuposto de um raciocínio de “idêntico a” e aquilo que nos identifica como nós próprios, ou, noutra terminologia, identidade relativa e identidade absoluta<sup>320</sup>. Tal como a identidade individual, também a identidade coletiva se constrói com base na “interação dinâmica entre projeções de semelhança e imagens de individualidade”, o que implica ora complementaridade ora

---

<sup>316</sup> LUÍSA NETO, “Referendo sobre a despenalização da interrupção voluntária da gravidez. Anotação ao Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 617/06”, in *JC*, n.º 10, 2006, p. 29 ss., p. 36.

<sup>317</sup> Porventura também cativos de um certo “fascínio identitário” para o qual adverte TONY JUDT, *O chalé da memória*, Lisboa, Edições 70, 2011, p. 199 ss. Aludiu-se *supra* aos “sobressaltos identitários” do constitucionalismo pós-nacional, depois ao papel da constituição estadual como “referente identitário” da comunidade política, em especial sobre a possibilidade de desempenhar uma tal função num contexto de pluralismo.

<sup>318</sup> Misto de atração e repulsa, sobretudo nos dias de hoje em que assistimos ao discurso das identidades frequentemente associado à *exclusão* xenófoba e racista. Sobre a questão, CARLOS MAURO, “A Não Inevitabilidade da Identidade Nacional”, *Diversitates*, v.1, n.º1, 2009, p. 39 ss.

<sup>319</sup> Ou, na terminologia de Paul Ricoeur, identidade-*idem* ou “mesmidade” e identidade-*ipse* ou “ipseidade”. Sobre estes conceitos, JOAQUIM DE SOUSA TEIXEIRA, *Ipseidade e alteridade. Uma leitura da obra de Paul Ricoeur*, v. II, Lisboa, INCM, 2004, p.146 ss.

<sup>320</sup> Entre nós, PAULO OTERO, *Direito Constitucional...*, cit., p. 21, alude a um sentido absoluto e a um sentido relativo de identidade, referindo-se à identidade axiológica constitucional como “revelando o conjunto de valores que emergem das suas normas e a permitem caracterizar como um todo sistemático, conferindo-lhe uma individualidade jurídica própria e autónoma, isto no sentido de a identificar em si (identidade absoluta) e ainda por referência a outros textos constitucionais (identidade relativa) ”.

contradição<sup>321</sup>, bem como uma dinâmica de inclusão/exclusão<sup>322</sup>. O mesmo pode aplicar-se à identidade constitucional.

O conceito de identidade constitucional – o qual, é certo, pertence à categoria dos “conceitos essencialmente contestados”<sup>323</sup> – pode revelar-se útil, do ponto de vista interno, na demanda por uma identidade constitucional capaz de permanência no tempo e de inclusividade sem “diluição” na realidade ou perda de sentido normativo<sup>324</sup>, bem como, do ponto de vista externo, para “defender” a constituição da assimilação<sup>325</sup>, v.g. no contexto da interconstitucionalidade.

Como escreve GOMES CANOTILHO, qualquer constituição possui um núcleo de identidade – que define como “conjunto de normas e princípios estruturantes de uma determinada ordem jurídico-constitucional” – aberto ao desenvolvimento

---

<sup>321</sup> MICHEL ROSENFELD, “Constitutional...”, cit., p. 757 e, desenvolvidamente, *The Identity...*, cit., p.37 ss.

<sup>322</sup> MICHEL ROSENFELD, *The identity...*, cit., p. 21 e *infra*, Parte II.

<sup>323</sup> MICHEL ROSENFELD, “Constitutional...”, cit., p. 756-757. Hoje o conceito é utilizado em diversos contextos e sob diversas perspetivas, ora acentuando a descrição de traços essenciais de um sistema constitucional, ora em articulação com a cultura na qual a constituição se insere, ora em articulação com outras identidades, como a nacional, a religiosa ou a ideológica.

<sup>324</sup> Assim, em relação à constituição portuguesa, não obstante o “frenesim constitucional” a que alude JORGE MIRANDA, MELO ALEXANDRINO considera que se manteve a sua identidade – ou seja, os seus “*constitutional essentials*”, quais sejam o princípio da dignidade da pessoa humana, o primado dos direitos, liberdades e garantias e o princípio da democracia representativa (com a garantia da regularidade do funcionamento dos órgãos e das instituições políticas), *vd.* JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO, “Reforma constitucional – lições do constitucionalismo português”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Martim de Albuquerque*, vol. II, Coimbra, FDUL/Coimbra Editora, 2010, p. 9 ss., p. 23-24. O autor insere-se no leque de autores que falam, a propósito, em “desenvolvimento constitucional” sem perda de identidade constitucional. Já PAULO OTERO nos apresenta a perspetiva contrária de uma “constituição transfigurada”, considerando que, exceção feita à Parte I, a identidade axiológica da CRP mudou pelo decurso do tempo e pelas revisões constitucionais, pelo que só formalmente poderá dizer-se que a Constituição é ainda a mesma, *vd.* PAULO OTERO, *Direito Constitucional...*, cit., p. 27 ss. e 207 ss. e, para uma apreciação crítica, LUÍS PEREIRA COUTINHO, *A autoridade...*, cit., p. 429 ss.

<sup>325</sup> Em Portugal, não existe à data uma “decisão paradigmática” do Tribunal Constitucional sobre a relação entre o direito constitucional português e o direito da União, *maxime* quanto aos direitos fundamentais. Entre nós, sobre a questão, *vd.* CARLA AMADO GOMES/ MARIA LUÍSA DUARTE, “O Tribunal Constitucional português e a garantia de aplicação do Direito da União Europeia”, in *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Paulo Pitta e Cunha*, vol.I, Coimbra, Almedina, 2010, p. 695 ss., CARLOS BLANCO DE MORAIS, “A sindicabilidade do Direito da União Europeia pelo Tribunal Constitucional português”, in *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor José Manuel Sérvulo Correia*, vol. I, Coimbra, FDUL/Coimbra Editora, 2010, p. 221 ss. e MARIA LUÍSA DUARTE, *Estudos sobre o Tratado de Lisboa*, Coimbra, Almedina, 2010.

constitucional, sendo que a articulação entre ambos conduz ao conceito de identidade reflexiva, *id est*, “capacidade de prestação da magna carta constitucional face à sociedade e os cidadãos”<sup>326</sup>. A mudança constitucional, por via da interpretação ou da revisão, coloca a questão da identidade constitucional e esta, por sua vez, impõe distinguir diferentes “estratos normativos” de uma mesma constituição, ou seja, a distinguir entre o nível das “decisões fundamentais” e “elementos que, dotados embora da força das normas constitucionais, aí surgem de forma meramente acidental ou contextual”<sup>327</sup>.

A referência, neste contexto, aos limites materiais de revisão constitucional e às normas que os explicitam revela-se paradoxal, no sentido em que são ponto de partida para a determinação da identidade constitucional e, simultaneamente, limites à sua reflexividade, impondo-lhe que se mantenha “fiel a si mesma”<sup>328</sup>. Aludimos aqui à questão do sentido e valor das “cláusulas de intangibilidade” (normas de limites materiais, cláusulas pétreas) utilizadas pelas constituições como autopreservação identitária, e de que é exemplo o art. 288.º da Constituição portuguesa. Estas normas, nas quais podemos ver espelhado o núcleo da constituição material e da ideia de direito, podem ser arrimo para a determinação do que sejam os princípios que integram o núcleo duro da identidade constitucional<sup>329</sup> - os quais, uma vez ultrapassados, significam que já se está perante outra que não aquela constituição - garantindo assim uma “defesa identitária” da Constituição (ainda que não a única<sup>330</sup>). Por essa razão, a introdução, na revisão constitucional de 2004, do n.º 4 do art. 8.º suscitou a questão da sua possível inconstitucionalidade por violação de limites

---

<sup>326</sup> J. J. GOMES CANOTILHO, “*Brançosos*”..., cit., p. 121-122.

<sup>327</sup> DIETER GRIMM, *Constitucionalismo y derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2006, p. 37-39.

<sup>328</sup> Sobre a “polémica” relativa aos limites materiais de revisão constitucional, JORGE MIRANDA, *Manual...*, Tomo II, cit., p. 192 ss.

<sup>329</sup> Sem prejuízo da existência de limites implícitos. Na ausência de definição de um conceito de identidade constitucional pelo TC, o art. 288.º da CRP é frequente ponto de partida para a sua identificação, como nota PAULO OTERO, *Direito Constitucional...*, cit., p. 23. No mesmo sentido, salientando que a função das “cláusulas pétreas” é o de impedir a destruição dos elementos essenciais da constituição, encontrando-se ao serviço da preservação da identidade constitucional, aí avultando os direitos fundamentais, INGO SARLET, *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2003, p. 387. Aludindo, a propósito, a “supraconstitucionalidade”, e defendendo a convergência funcional entre esta e identidade constitucional, ÉDOUARD DUBOUT, “L’identité constitutionnelle de la France”, in *RFDC*, n.º 83, 2010, p. 451ss.

<sup>330</sup> JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO, “Reforma...”, cit., p. 16 ss.



materiais de revisão, uma vez que a alusão aos princípios fundamentais do Estado de direito democrático deixaria de fora<sup>331</sup> algumas dimensões estruturantes do Estado português, *in casu* o princípio da independência nacional (al. a) do art. 288.º) - ainda que suscetível de uma leitura conforme à constituição que interpretasse a referida norma como referindo-se aos “princípios e regras estruturantes da constituição material” portuguesa<sup>332</sup>. A interpretação da referência do referido n.º 4 do art. 8.º deve ter-se por feita, não a um modelo abstracto de estado de direito, mas sim à república portuguesa<sup>333</sup>.

Mas, em todo o caso, serão os próprios limites, explícitos ou implícitos, e não as *cláusulas* de limites<sup>334</sup>, que avultarão para determinar se e em que medida se está ainda no domínio da mesma constituição, tanto mais que as cláusulas de limites materiais estão, elas mesmas, sujeitas a interpretação evolutiva e nada podem se os princípios a que dão corpo não beneficiarem da adesão da consciência jurídica comunitária<sup>335</sup>. Ou seja, não podem “deter a dinâmica do processo político no qual está imersa a constituição”, que, no limite, pode cessar por revolução político-constitucional<sup>336</sup>.

Entre nós, PAULO OTERO desenvolve o conceito de identidade no contexto do direito constitucional, identificando a “identidade axiológica” da Constituição portuguesa com o conjunto de valores que a identificam e caracterizam – sem, no entanto, com isso significar a identificação do Estado “com um determinado e concreto projeto político ou ideológico”<sup>337</sup>. Esta identidade axiológica pressupõe, para o autor, a unidade e sistematicidade dos valores constitucionais e a abertura do sistema de valores à evolução ou, de outra forma, a *temporalidade e a historicidade da identidade* da constituição, e deverá ser encontrada por referência aos quatro

<sup>331</sup> Intencionalmente, segundo J. J. GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. I, 2.ª ed., Coimbra, Coimbra Ed., 2007, p. 267.

<sup>332</sup> Dando amplamente conta da questão, CARLOS BLANCO DE MORAIS, “A sindicabilidade...”, cit., p. 238 ss.

<sup>333</sup> CARLOS BLANCO DE MORAIS, “A sindicabilidade...”, cit., p. 249 ss.

<sup>334</sup> As quais “só devem considerar-se como respeitantes ao núcleo de identidade quando tiverem *correspondência* no próprio texto da constituição e disserem inequivocamente respeito à “essência” da constituição”, ensina J. J. GOMES CANOTILHO, “*Brançosos*”..., cit., p. 122-123.

<sup>335</sup> JORGE MIRANDA, *Manual...*, Tomo II, cit., p. 203-204.

<sup>336</sup> DIETER GRIMM, *Constitucionalismo...*, cit., p. 38-39.

<sup>337</sup> PAULO OTERO, *Direito Constitucional...*, cit., p. 21.

domínios nucleares nos quais se projeta: “a ideia de Direito subjacente à ordem jurídica; os critérios teleológicos (fins) do projeto político; o modelo de inserção externa do Estado; a organização interna dos elementos do Estado”<sup>338</sup>. Em cada um destes domínios, podemos retirar das normas constitucionais, por meio do labor doutrinário e jurisprudencial, um conjunto de valores que permitem estabelecer o perfil axiológico da constituição - o qual, no caso da Constituição de 1976, se expressa, para o autor, na seguinte síntese: “a ideia de Direito reconduz-se a um Estado de direitos humanos, os critérios teleológicos (fins) do projeto político identificam-se com o Estado de Direito democrático, o modelo de inserção externa do Estado permite caracterizá-lo como um Estado de soberania internacionalizada e europeizada e a organização interna dos elementos do Estado como um Estado unitário descentralizado, cada uma destas dimensões comportando no seu âmbito ainda uma pluralidade de valores, os quais, dotados de unidade e organização, compõem a estrutura reveladora da identidade da Constituição”<sup>339</sup>.

O conceito de identidade constitucional pode, por sua vez, revelar-se útil para “navegar nas águas” do pluralismo normativo e da interconstitucionalidade. Exemplificando, nos diálogos de feição marcadamente jurisprudencial que têm lugar no espaço europeu, a “identidade constitucional” dos Estados emerge nas suas vestes de “mecanismo de resistência”, contrapeso ou defesa face à integração<sup>340</sup>, em caso de conflito com o direito da União.

Tendo por pressuposto que a interconstitucionalidade, no sentido visto, pressupõe a manutenção da autonomia das “partes” no diálogo (e, daí, princípios como o da subsidiariedade ou da margem de apreciação assomarem como mecanismos de “gestão do pluralismo”), esta há-de pressupor a salvaguarda de um papel ao Estado e da sua Constituição. A proteção das identidades nacionais, aí incluída a identidade constitucional dos EM<sup>341</sup>, assemelha-se nessa dimensão a uma

---

<sup>338</sup> *Idem*, cit.

<sup>339</sup> *Idem*, cit., p. 22-23.

<sup>340</sup> ÉDOUARD DUBOUT, “L’identité...”, cit., p. 461 e VINCENZO BALDINI, “Il rispetto dell’identità costituzionale quale contrapeso al processo di integrazione europea”, in *RTJAIC*, n.º 00, 2010.

<sup>341</sup> LEONARD BESSELINK, “National and constitutional identity before and after Lisbon”, in *ULR*, vol. 6, n.º 3, 2010, p. 36 ss. No contexto da União Europeia, a complementaridade entre identidades nacionais e identidade europeia, e o respeito pela identidade nacional (nas suas componentes política, jurídica e cultural) no processo de integração europeia, que sempre foi um “princípio constitucional da integração”, está expressamente ressalvada no n.º 2 do artigo

defesa contra a “assimilação” normativa com base na reivindicação de preservação de um “núcleo essencial” da constituição<sup>342</sup>. A defesa dos constitucionalismos nacionais contra a diluição identitária, simbolizada pela “luta” dos tribunais constitucionais assentou nos princípios fundamentais das constituições nacionais, na defesa da democracia, da soberania e dos direitos fundamentais<sup>343</sup>. Em França, a identidade constitucional entrou expressamente “em cena” em 2006, quando o Conselho Constitucional francês a invocou como limite ao primado do direito comunitário<sup>344</sup>.

---

4.º do TUE. Sobre a questão, CHRISTIAN KOHLER, “Le droit de l’Union Européenne face à la diversité culturelle”, in *RHDI*, 62, 2009, p. 472 ss. e FAUSTO DE QUADROS, “Constituição europeia e constituições nacionais – Subsídios para a metodologia do debate em torno do Tratado Constitucional Europeu”, in *O Direito*, 137, IV-V, 2005, p. 687 ss. Esta norma autoriza os tribunais nacionais a afastar-se do Direito da União com certos fundamentos limitados, sendo que a possibilidade de reservas ao direito da UE deve ser entendida no contexto da perspetiva sustentada pelos autores. Sobre a questão, JULIO BAQUERO CRUZ, “An area of darkness: three conceptions of the relationship between European Union Law and State Constitutional Law”, in *Europe’s...*, cit., p. 49 ss. O TJ referiu-se ao art. 4.º/2 do TUE no Acórdão de 22/12/2010, *Sayn-Wittgenstein* (C-208/09). Vd. ainda n.º 138 das Conclusões do Advogado-Geral Yves Bot sobre o Caso *Melloni*, C-399/11, apresentadas em 2/10/ 2012.

<sup>342</sup> Recorrendo às palavras de VIEIRA DE ANDRADE, à constituição (material) cumprirá, por conseguinte, defender um conjunto de princípios fundamentais da comunidade política, “mínimo de dignidade soberana da cultura nacional a preservar”, justificando-se “a legítima defesa do núcleo essencial da constituição”, vd. J. C. VIEIRA DE ANDRADE, “Conclusões”, cit., p. 189. Sobre a doutrina dos contralimites no domínio dos direitos fundamentais, vd. MIGUEL GALVÃO TELES, “Constituições dos Estados e eficácia interna do direito da União e das Comunidades Europeias – em particular sobre o art. 8.º, n.º 4, da Constituição Portuguesa” in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano no centenário do seu nascimento*, vol. II, Coimbra, 2006, p. 294 ss., p. 299 ss. e, acentuando também o papel dos direitos fundamentais na defesa da identidade constitucional, SUZANA TAVARES DA SILVA, *Direitos...*, cit., p. 46 ss.

<sup>343</sup> Sobre a questão, MIGUEL GORJÃO-HENRIQUES, “Compreensões e pré-compreensões sobre o princípio do primado na aplicação do Direito da União: breves notas jurídico-constitucionais relativamente ao Tratado de Lisboa”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho*, Coimbra, Coimbra Editora/FDUC, p. 317 ss., MARIA LUÍSA DUARTE/ PEDRO DELGADO ALVES, *União Europeia e Jurisprudência constitucional dos Estados-membros*, Lisboa, AAFDL, 2006 e KRISTINE KRUMA, “Constitutional Courts and the Lisbon Treaty. The future based on mutual trust”, *The area of freedom, security and justice ten years on*, Bruxelas, Centre for European Policy Studies, 2010, p. 38 ss.

<sup>344</sup> Decisão n.º 2006-540 DC de 26/07/2006 (direitos de autor). Traduziu assim um aperfeiçoamento da doutrina da reserva constitucional formulada em 2004. Sobre a posição “oscilante” desta jurisdição em relação à posição hierárquica do direito eurocomunitário, LAURENCE BURGORGUE-LARSEN, “France. The impact of European fundamental rights on the French Constitutional Court”, in PATRICIA POPELIER/ CATHERINE VAN DE HEYNING/ PIET VAN NUFFEL (eds.) , *Human rights protection in the European legal order : the interaction between the European and the national courts*, Cambridge/Antwerp/Portland, Intersentia, 2011, p. 211ss, p. 214 ss.

Mais recentemente, em 2009, na sua contestada decisão sobre o Tratado de Lisboa<sup>345</sup>, o *BVerfG* invocou expressamente a “identidade constitucional”<sup>346</sup>, a qual corresponde aos segmentos normativos insuscetíveis de revisão (art. 79.º/3) ou de modificação por via de limitação da soberania sob forma pactícia (art. 23.º/1), abrangendo as matérias que são limite expresso de revisão, nos termos do n.º 3 do artigo 79.º (*id est*, divisão da federação em Estados, participação destes no processo legislativo, dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais) afirmando em suma que “o que os Estados, enquanto titulares originários dos poderes, estão proibidos de fazer, a União Europeia, por maioria de razão, que exerce os poderes por delegação, também não pode fazer”<sup>347</sup>. Mas o conceito de identidade constitucional vai para além destas matérias, referindo-se à constituição concreta e às matérias nas quais deve ser reservado ao Estado um “espaço suficiente de decisão política sobre as circunstâncias da vida no âmbito económico, social e cultural” (§ 249), quais sejam esfera privada, segurança social, outras políticas sociais, cultura, história, língua, espaço de dinamização dos partidos políticos e do Parlamento, liberdade de imprensa, liberdade religiosa, sistema educativo, financiamento público<sup>348</sup>.

O critério da identidade da constituição cobra importância decisiva na determinação da fronteira do tolerável da prevalência do direito da UE sobre o direito constitucional interno<sup>349</sup>. A questão que avulta, por conseguinte, é a de saber quem determina o que seja a identidade constitucional e quem determina o que seja a identidade constitucional relevante do ponto de vista do direito europeu, pronunciando-se a doutrina no sentido de uma articulação entre TJ e tribunais (*maxime*, constitucionais) nacionais, cabendo aos tribunais internos a determinação do que integra a identidade constitucional e ao TJ a determinação da identidade

---

<sup>345</sup> *Lissabon-Urteil*, BVerfG, 2 BvE 2/08 de 30/06/2009. Sobre a crítica a que se aludiu, *inter alia*, JÓNATAS MACHADO, *Direito da UE*, Coimbra, Wolters-Kluwer/ Coimbra Editora, 2010, p. 500-501 e CHRISTIAN KOHLER, “Le droit...”, cit., p. 472 ss.

<sup>346</sup> Ainda que esta estivesse já subjacente à jurisprudência anterior, *vd.* RAINER ARNOLD, “Germany. The Federal Constitutional Court of Germany in the context of European integration”, in *Human...*, cit., p. 237 ss., p. 244 ss. Sobre a questão, CHRISTIAN TOMUSCHAT, “The Ruling of the German Constitutional Court on the Treaty of Lisbon”, in *GLJ*, 10, 2009, p. 1259 ss. e MARIA LUÍSA DUARTE, “O Tratado...”, cit.

<sup>347</sup> MARIA LUÍSA DUARTE, “O Tratado...”, cit., p. 126.

<sup>348</sup> Retirado de MARIA LUÍSA DUARTE, “O Tratado...”, cit., p. 126-127.

<sup>349</sup> MARIA LUÍSA DUARTE, “O Tratado...”, cit., p. 118.

constitucional relevante do ponto de vista europeu<sup>350</sup>. Por outro lado, o conceito de identidade constitucional pode ter um papel a desempenhar na determinação do nível de proteção aplicável em matéria de direitos fundamentais<sup>351</sup>, deslocando a ênfase da garantia de um nível geral de proteção dos direitos para a “particularidade constitucional”<sup>352</sup>.

Entre nós, a doutrina entende diferentemente a questão da relação entre o direito europeu e a constituição, avultando todavia, mesmo nas construções mais favoráveis à supremacia do Direito da União, o limite dado pelos “princípios fundamentais do Estado de direito democrático” a que alude o n.º 4 do artigo 8.º, “núcleo essencial de constituição” que funcionaria como “reserva de ordem pública constitucional” contra normas europeias aniquiladoras da estadualidade, juridicidade, democraticidade e fundamentalidade dos direitos básicos<sup>353</sup>. Todavia, e como vimos

---

<sup>350</sup> Sobre a questão, RAINER ARNOLD, “Germany...”, cit., p. 254. Segundo ARNOLD, o conceito de identidade nacional, na qual se integra a identidade constitucional, referido no art. 4.º/2 do TUE, é um conceito a ser interpretado de forma supranacional e abstracta pelo TJ, cabendo ao tribunal constitucional nacional determinar que ato supranacional estaria a afetar que elemento da identidade constitucional em concreto. Ambos os conceitos – interno e supranacional – de identidade constitucional, ou ambas as dimensões, nacional e supraconstitucional, têm ser harmonizadas, pelo que a cooperação entre os tribunais (institucionalizada através do reenvio prejudicial) é inevitável. Entre nós, J. J. GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Constituição...*, cit., p. 269-270.

<sup>351</sup> Este entendimento teve eco no comentário do Advogado-Geral Yves Bot no caso *Melloni*, a que se aludiu *supra*, apresentadas em 2/10/2012 (*maxime* considerando 128 ss.). Aí se evoca (n. 46) a afirmação de Besselink, nos termos da qual “*divergent fundamental rights standards may not be resolved explicitly via provisions like Article 53 of the Charter and of the ECHR, but by reference to Article 4(2) EU. Reliance on divergent fundamental rights standards is then made dependent on whether it forms part of the constitutional identity of a Member State*” (vd. LEONARD L. M. BESSELINK, “The Protection...”, cit., p. 46). Na sua decisão, o TJ confirmou que, quando um acto do direito da União exige medidas nacionais de execução, as autoridades e os órgãos jurisdicionais nacionais podem aplicar os padrões nacionais de proteção dos direitos fundamentais, desde que essa aplicação não comprometa o nível de proteção previsto pela Carta, conforme interpretada pelo Tribunal de Justiça, nem o primado, a unidade e a efetividade do direito da União. Sobre a questão, MYRIAM BENLOLO CARABOT, “Mandat d’arrêt européen : la protection des droits fondamentaux subordonnée aux exigences de la primauté du droit de l’Union européenne”, in *Lettre « Actualités Droits-Libertés » du CREDOF*, 22/03/2013, disponível em <http://revdh.org/lettre-dl/>.

<sup>352</sup> CATHERINE VAN DE HEYNING, “No place like home”, in PATRICIA POPELIER/ CATHERINE VAN DE HEYNING/ PIET VAN NUFFEL (eds.), *Human rights protection in the European legal order : the interaction between the European and the national courts*, Cambridge/Antwerp/Portland, Intersentia, 2011, p. 65 ss., p. 66.

<sup>353</sup> J. J. GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Constituição...*, vol. I, cit., p. 266-267. Sobre a questão, ainda JORGE MIRANDA, “Anotação ao art. 8.º”, in JORGE MIRANDA/RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, 2.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2010, p. 172

*supra*, este tem um âmbito menor que o do artigo 288.º, mostrando-se insuficiente – assim o entendem alguns autores – para alicerçar o “núcleo essencial de constituição”.

Mas é ainda de individualidade e semelhança – verdadeiramente, as duas dimensões da identidade - que se trata quando falamos da adjudicação dos direitos no espaço de atuação do Conselho da Europa. Como nota WIATER, no sistema da CEDH é necessário balancear unidade jurídica e diversidade cultural (existente, não apenas entre Estados, mas também no interior destes), o que o TEDH consegue, de um ponto de vista metodológico, através de diversos instrumentos, alimentando um “diálogo jurídico intercultural” suscetível de desenvolver um “terreno europeu comum”<sup>354</sup>. Mas este “diálogo jurídico intercultural” em busca de um consenso ou de um “nível europeu de proteção” encontra limites na articulação com as identidades nacionais, cuja autonomia se reconhece. Através da doutrina da margem de apreciação, o TEDH – não sem contestação, como veremos - reconhece às autoridades nacionais uma certa latitude de regulamentação e decisão, permitindo a afirmação das suas especificidades culturais e da específica configuração dos seus sistemas de valores (v. *infra*).

O recorte da identidade constitucional pode, porém, fazer-se de forma mais estrita, por referência ao texto<sup>355</sup>, ou de forma mais ampla, procurando as ligações entre constituição, seu ambiente/contexto e aqueles que a fizeram e aqueles para os quais se destina<sup>356</sup>. Partindo desta última perspectiva, ROSENFELD entende que o lugar e a função da identidade constitucional são determinados pela necessidade de “mediação dialética de conflitos e tensões entre identidades e diferenças existentes, em evolução ou projetados, que moldam as relações entre o “eu” e o “outro” na sociedade política comprometida com o constitucionalismo”<sup>357</sup>, entendida em sentido

---

ss., JÓNATAS MACHADO, *Direito da UE*, cit., p. 494 ss. e CARLOS BLANCO DE MORAIS, “A sindicabilidade...”, cit., p. 238.

<sup>354</sup> PATRÍCIA WIATER, *Le dialogue interculturel dans le système européen de protection des droits de l’homme*, Estrasburgo, Éditions du Conseil d’Europe, 2011, p. 21.

<sup>355</sup> Para MICHEL TROPER, *apud* MICHEL ROSENFELD, “Constitutional...”, cit., p. 759, a identidade constitucional resulta de um “processo de extração de certos princípios que podem ser postulados como essenciais e por conseguinte distintos de outras normas constitucionais e aos quais se pode recorrer para proteger a integridade da constituição perante ameaças que possam erodir o seu laço vital ao povo ou nação que visa servir”.

<sup>356</sup> PATRÍCIA WIATER, “Constitutional...”, cit., p. 760. A sua conceção não é pois a de uma constituição em sentido estritamente normativo, mas também como construção social, *vd.* NEIL WALKER, “Rosenfeld's...”, cit., p. 681.

<sup>357</sup> PATRÍCIA WIATER, “Constitutional...”, cit., p. 761.

amplo e, por conseguinte, também transnacional. Construída num contexto de pluralidade e diversidade<sup>358</sup>, a identidade constitucional deve ser moldada para responder às questões do “a *quem* se dirige a constituição”, “o *que* inclui” e “*como*” pode ser justificada (história, consentimento, valores superiores)<sup>359</sup>. Em comunidades plurais, a identidade constitucional deve ser canalizada para uma “narrativa” capaz de dar resposta às questões supra referidas e às exigências de coesão e unidade, e está em reconstrução permanente, em articulação com as identidades extra e pre constitucionais em relação às quais se diferencia, entre as quais a identidade nacional, mas das quais não pode, paradoxalmente, afastar-se, sob pena de perder efetividade<sup>360</sup>. A identidade constitucional constrói-se através de recursos como a negação, a metáfora e a metonímia<sup>361</sup> e estas duas últimas remetem precisamente para a dialética igualdade e diferença<sup>362</sup> e, por conseguinte, para a questão do reconhecimento da diferença através de uma argumentação de tipo metafórico, no sentido que lhe dá ROSENFELD.

Tal espelha igualmente a tensão entre ‘norma’ e ‘realidade’, com o que se pretende evidenciar que a constituição é espelho<sup>363</sup> mas também elemento de

---

<sup>358</sup> MICHEL ROSENFELD, *The Identity...*, cit., p. 270-271.

<sup>359</sup> MICHEL ROSENFELD, “Constitutional...”, cit., p. 761-762. O *quem* refere-se seja aos proponentes e fatores seja aos destinatários: “a identidade constitucional deve ser canalizada para uma narrativa cogente que esclareça se, em determinadas circunstâncias, é uma constituição multiétnica ou uma monoétnica ou uma constituição nacional ou uma multinacional que melhor unem num sujeito constitucional suficientemente unificado e coeso os diversos grupos e/ou ideologias ou interesses numa comunidade política”; a resposta *ao que (deve ser incluído)* também depende “de uma narrativa baseada numa identidade constitucional apta a unificar, num único sujeito constitucional politicamente abrangente, os diversos “eus” e “outros” concorrentes numa comunidade política”, e não se refere apenas a disposições estruturais amplas mas aos próprios direitos fundamentais consagrados e à sua específica interpretação. Finalmente, quanto à questão de *como justificar as constituições perante uma realidade diversificada e pluralista*, a identidade constitucional assume vários níveis de abstração desde o altamente teórico ao prático; identifica três tipos de justificações suscetíveis de integrar uma “narrativa constitucional apropriada”: “história ou tradições comuns”, “consenso real ou hipotético”, “preceitos normativos válidos ou indisputadamente válidos para aqueles que deverão ser submetidos ao regime constitucional”, frequentemente combinadas.

<sup>360</sup> Sobre estes paradoxos, MICHEL ROSENFELD, *The Identity...*, cit., p. 29, NEIL WALKER, “Rosenfeld's...”, cit., p. 679 e SEYLA BENHABIB, “On Michel...”, cit.

<sup>361</sup> MICHEL ROSENFELD, *The Identity...*, cit., p. 45 ss.

<sup>362</sup> MICHEL ROSENFELD, “Constitutional...”, cit., p. 759.

<sup>363</sup> Aludimos aqui ao conceito de “constituição espelho” de SIMONE CHAMBERS, “Democracy, popular sovereignty and constitutional legitimacy”, in *Constellations*, vol. 11, 2, 2004, p. 153 ss.

construção e reconstrução da identidade social e/ou nacional<sup>364</sup>. Porém, sendo as identidades - constitucional e nacional - “dinâmicas, conflituais e multifacetadas”, a relação entre ambas não é necessariamente pacífica, podendo revelar-se conflitual ou, pelo contrário, traduzir uma convergência e reforço mútuos<sup>365</sup>.

O conceito de identidade constitucional pode, assim, avultar num outro sentido, relacionado com as funções constitucionais *supra* referidas de referência e de construção da unidade possível da comunidade política, como contraponto a um conceito de “identidade nacional” de tipo excludente<sup>366</sup>, associando-se a fenómenos de rejeição ou negação do outro na sua dignidade, como o racismo e a xenofobia<sup>367</sup>. Os Estados europeus pedem aos imigrantes e minorias étnicas que “aceitem” um núcleo de princípios/valores que enformam a sua “identidade nacional”. Mas nos Estados constitucionais atuais, qual a identidade possível, dada a impossibilidade de identidades de tipo substancial (v.g. assentes em fatores etnoculturais), frequentemente excludente, e a insuficiência de identidades de tipo procedimental<sup>368</sup>?

O apelo a uma identidade constitucional assente nos “valores do constitucionalismo”, quais sejam os direitos humanos, o respeito pelo direito e a democracia – uma identidade de tipo *inclusivo*<sup>369</sup> - surge como caminho para a

---

<sup>364</sup> ARMIN VON BOGDANDY, “Identidad constitucional: Exploración de un fenómeno ambiguo com ocasión de la política de identidad europea de *lege data y lege ferenda*”, in *REDC*, n.º 75, 2005, p. 9 ss., p. 14. Assim acontece, por exemplo, quando a constituição reconhece as pretensões de certos grupos sociais ou quando se assume como força precipitadora de mudanças sociais, v.g. assumindo uma “pedagogia constitucional da igualdade” traduzida na reconfiguração dos papéis sociais ou na forma de conceber a igualdade de género, *vd.* ARMIN VON BOGDANDY, *ob. cit.*, p. 19 e MICHEL ROSENFELD, *The Identity...*, *cit.*, p. 289. O que pode ser exemplificado, no caso português, com as profundas alterações legislativas que se seguiram à consagração constitucional, em 1976, da igualdade entre homens e mulheres. Sobre a questão, TERESA PIZARRO BELEZA, *Direito das mulheres e da igualdade social*, Coimbra, Almedina, 2010, p. 101 ss. e LUÍSA NETO, “O direito e a igualdade de género”, in *Julgar*, n.º 8, 2009, p. 161ss.

<sup>365</sup> MICHEL ROSENFELD, *The Identity...*, *cit.*, p. 227 e “Constitutional...”, *cit.*, p. 773.

<sup>366</sup> CARLOS MAURO, “A Não Inevitabilidade...”, *cit.* Sobre o debate em torno da identidade nacional em França e a discussão sobre a imigração enquanto factor de risco para essa mesma identidade, *vd.* DANIELE LOCHAK, “Identité nationale et intégration des immigrés: le “modele républicain” contre les droits des étrangers”, in *Fundamentos*, vol. 7, 2012, p. 359 ss.

<sup>367</sup> Em crescendo, segundo o *Relatório Anual 2010 da Comissão Europeia contra o Racismo e a Intolerância (ECRI)*, CRI (2011) 36, Estrasburgo, junho de 2011, [www.coe.int/ecri](http://www.coe.int/ecri).

<sup>368</sup> MATTHIAS MAHLMANN, “Constitutional Identity and the Politics of Homogeneity”, in *GLJ*, vol. 6, 2005, p. 315 ss. *Vd.* ainda CHRISTIAN JOPPKE, “Immigration and the identity of citizenship: the paradox of universalism”, in *CS*, vol. 12, n.º 6, 2008, p. 533 ss.

<sup>369</sup> MATTHIAS MAHLMANN, “Constitutional...”, *cit.*, p. 316.



reconstrução, nas modernas democracias constitucionais, da *coesão* que, segundo algumas vozes, a multiculturalidade, designadamente imigrante, vem pôr em causa<sup>370</sup>. Trata-se de substituir o sentimento afectivo de pertença à nação como entidade histórica concreta pela adesão racional aos princípios do Estado de Direito enquanto base de uma identidade pós-nacional, *id est*, e em suma, de um “patriotismo constitucional”<sup>371</sup>.

Subjaz-lhe a convicção de que a identidade política que vale a pena ter como indivíduo e como associação política é uma que potencialmente não exclua ninguém – uma identidade de tipo substancial, assente na dignidade humana e nos direitos fundamentais, institucionalizada através da democracia e do *rule of law*, e alimentada pela solidariedade<sup>372</sup>. Esta “identidade normativa universal”, ou identidade pós-nacional, pode ser prosseguida a vários níveis e em vários espaços, estaduais e supranacionais. Deste ponto de vista, o objectivo de uma constituição não é moldar juridicamente uma comunidade com uma identidade substantiva única, mas *constituir*, ao menos no território a que se aplica, os princípios dos direitos humanos, democracia, estado de direito e solidariedade social, e comprometer os cidadãos com este projeto normativo de civilização<sup>373</sup>. Como teremos oportunidade de analisar *infra*, na Parte II, a possibilidade de uma identidade construída sobre os valores do constitucionalismo, designadamente sobre o respeito pelos direitos fundamentais, ou à face de uma constituição concreta, não prescinde da referência a dimensões históricas e culturais, nem está imune à acusação de poder, ela mesma, ser *excludente*<sup>374</sup>.

A possibilidade de uma cultura construída a partir da constituição conduz-nos ainda aos conceitos de “Estado cultural” e de “cultura constitucional” – ou seja, na ausência de uma unidade cultural de base anterior à constituição que funde a homogeneidade, será possível e desejável criar uma unidade cultural a partir da constituição que garanta a referida homogeneidade. É nesse sentido que se diz que o

---

<sup>370</sup> DANIELE LOCHAK, “Identité...”, cit., e CHRISTIAN JOPPKE, “Immigration...”, cit.

<sup>371</sup> MICHEL COUTOU, “Citoyenneté...”, cit., p. 632 e o que se escreve *infra*, Parte II.

<sup>372</sup> MATTHIAS MAHLMANN, “Constitutional...”, cit., p. 316.

<sup>373</sup> *Idem*, cit., p. 317.

<sup>374</sup> Veja-se, designadamente, a discussão em torno do conceito de “Leitkultur” proposto por BASSAM TIBI, de que daremos conta *infra*, assim como SUSANNA MANCINI, “La Francia, tra neutralità militante e tutela dell’omogeneità culturale”, in DOMENICO AMIRANTE/ VICENZO PEPE (dir.), *Stato Democratico e società multiculturale*, Turim, Giapichelli, 2011, p. 95 ss., p. 115 e DANIELE LOCHAK, “Identité...”, cit., *maxime* p. 383 ss.

Estado leva a cabo uma “ativa configuração da cultura”, designadamente através da educação<sup>375</sup>.

Por tudo o que fica exposto, estamos em crer que a discussão sobre a diversidade cultural e sua compatibilização com as democracias liberais ocidentais – questão eminentemente prática, note-se, e não apenas teórica, inscrita na estrutura fundamental dos estados democráticos liberais contemporâneos – não pode ser resolvida através de uma fórmula única ensaiada em abstrato, uma vez que a história, o contexto e as partes envolvidas, a identidade constitucional e as demais identidades, desempenham um papel fundamental na determinação das características precisas que o conflito de valores adquire em cada país e, por conseguinte, da solução plausível para o dilema<sup>376</sup>. Tal não significa, por outro lado, uma adesão a um contextualismo, pragmatismo do direito do caso ou, de outra perspetiva, *caso feito direito* – aos quais alude GOMES CANOTILHO<sup>377</sup>. Significa, outrossim, que a procura de respostas há-de conduzir-se no contexto de uma constituição aberta à realidade, à cultura, a uma pluralidade intérpretes mas também a diálogos interconstitucionais e interculturais – e, por conseguinte, à inclusividade. Destes diálogos nos ocuparemos de seguida, para aí descortinarmos o sentido da referência aos direitos fundamentais.

## **CAPÍTULO II – Direitos fundamentais no e para além do Estado**

### **1.A era dos direitos e os seus desafios**

O domínio dos direitos fundamentais – a que aludimos aqui *latissimo sensu*<sup>378</sup>, ainda sem preocupações conceptuais – conheceu no século XX notável expansão<sup>379</sup>,

---

<sup>375</sup> Seguindo GELLNER, CARLOS RUIZ MIGUEL, “El constitucionalismo...”, cit., p. 214 ss. *Vd.* também STEFAN HUSTER, “La cultura en el estado constitucional”, in STEFAN HUSTER/ ANTONIO PAU/ MARÍA J. ROCA, *Estado y cultura*, Madrid, Fundacion Coloquio Juridico Europeo, 2009, p. 31 ss.

<sup>376</sup> Como escreve, refletindo sobre a Colômbia, DANIEL BONILLA MALDONADO, *La Constitución...*, cit., p. 105.

<sup>377</sup> J. J. GOMES CANOTILHO, “Jurisdicción...”, cit., p. 428.

<sup>378</sup> Em sentido amplo ou como “superconceito”, abrangendo por conseguinte, também os “direitos fundamentais internacionais”, e não se circunscrevendo por enquanto aos direitos constitucionalmente protegidos (“direitos fundamentais em sentido estrito”), *vd.* J. C. VIEIRA DE ANDRADE, *Os direitos...*, cit., p. 33 e 37, n. 69.

que se deveu não apenas ao desenvolvimento da proteção internacional mas também, no plano estadual, ao alargamento objetivo e subjetivos dos direitos fundamentais e das suas formas de proteção. Também os direitos se desligaram do Estado, não apenas para cobrarem efetividade no seio de organizações internacionais criadas para a sua proteção, ou rendidas à necessidade de os protegerem<sup>380</sup>, mas igualmente para se imporem, numa lógica transnacional, às relações entre entidades privadas desterritorializadas e particulares e, mais amplamente, nas mais diversas arenas sociais. Podemos ver neste movimento um reflexo de um alargamento cosmopolita dos direitos fundamentais, em ordem a uma tutela fundada numa dignidade da pessoa humana que não conhece vínculos de ordem nacional nem fronteiras impostas pela vontade dos homens, isto é, rumo à tutela dos direitos do Homem que nada mais é, ou nada mais tem que ser, que Homem<sup>381</sup>.

Podemos reconduzir ao reconhecimento da primazia da pessoa, assente na dignidade da pessoa humana, quer a emergência de um direito internacional dos direitos humanos, quer a “nova feição” assumida pelos direitos constitucionais ocidentais do segundo pós guerra, abertos a princípios dotados de uma forte dimensão axiológica, entre os quais o da dignidade da pessoa humana<sup>382</sup>. A emergência de um “direito internacional dos direitos humanos” pode, por seu turno, ser vista como projeção de um constitucionalismo global vocacionado para a proteção dos direitos e para a limitação do poder (*maxime*, dos Estados) e, por conseguinte, consistente com a vocação do constitucionalismo moderno tal como expressa no art. 16.º da DDHC<sup>383</sup>. A dignidade da pessoa humana é assim, escreve FLÁVIA PIOVESAN, o princípio e valor

---

<sup>379</sup> Não nos deteremos aqui na arqueologia da noção de direitos fundamentais nem na análise da evolução da sua proteção no plano interno e no plano internacional, que extravasam o âmbito deste trabalho, remetendo *inter alia* para J. C. VIEIRA DE ANDRADE, *Os direitos...*, cit., p. 15 ss. e JORGE MIRANDA, *Manual...*, Tomo IV, cit., p. 16 ss.

<sup>380</sup> Referimo-nos à ordem jurídica “euro-comunitária”, seguindo a proposta terminológica de MARIA LUÍSA DUARTE, *União Europeia*, Coimbra, Almedina, 2011, p. 19 ss., expressão que dá conta da singularidade do modelo da UE, “de génese comunitária e de base europeia”.

<sup>381</sup> Evocamos aqui HANNAH ARENDT, *As origens do totalitarismo*, Alfragide, D. Quixote, 2004, p. 385 ss.

<sup>382</sup> Como escreve FLÁVIA PIOVESAN, “Direitos humanos, o princípio da dignidade humana e a constituição brasileira de 1988”, in REGINA QUARESMA, MARIA LÚCIA DE PAULA OLIVEIRA/FARLEI MARTINS RICCIO DE OLIVEIRA (coord.), *Neoconstitucionalismo*, Rio de Janeiro, Forense, 2009, p. 447 ss., p. 456.

<sup>383</sup> *Idem*, cit. Aludindo igualmente a esta dimensão, a propósito do art. 16.º/2 da CRP, PAULO OTERO, *Direito constitucional...*, Tomo I, cit., p. 46 ss.

em torno do qual pode ser reconstruída a unidade do sistema normativo, quer no plano interno (à luz da conceção ocidental de direito constitucional), quer no plano internacional, e, por conseguinte, “superprincípio constitucional” e critério inspirador da internormatividade<sup>384</sup>.

A expansão dos direitos fundamentais<sup>385</sup> é visível, seja no plano das fontes e dos catálogos de direitos, aí avultando a abertura dos catálogos<sup>386</sup>, seja no plano dos poderes (administração, legislador, juiz) envolvidos na sua aplicação<sup>387</sup>, seja no plano das instituições, seja na tipologia de direitos, com o surgimento de “novos direitos”<sup>388</sup>, seja no plano da titularidade<sup>389</sup>, com a expansão dos titulares dos direitos a grupos e a categorias de pessoas (v.g. “direitos de grupos”, “direitos coletivos”) <sup>390</sup>, no plano da eficácia, com a irradiação dos direitos fundamentais pela ordem jurídica e a passagem da eficácia vertical à horizontal (aí incluída a eficácia dos direitos fundamentais sobre

---

<sup>384</sup> *Idem*, cit., p. 463. Esta leitura inscreve-se de pleno no movimento de reaproximação entre a ética ou a moral e o Direito, ou de superação do positivismo jurídico. Sobre a dignidade da pessoa humana como “conceito fundacional” do direito internacional e interno de proteção dos direitos humanos, problematizando de uma perspetiva comparada, MATTHIAS MAHLMANN, “Human Dignity and autonomy in modern constitutional orders”, in *The Oxford...*, cit., p. 371 ss.

<sup>385</sup> Sobre a esta expansão, entre outros, MARTA CARTABIA, “The age of “new rights””, Straus Institute Working Paper n.º 3/10, 2010, p. 6 ss., disponível em <http://nyustraus.org/index.html> [22/04/2013] e ISABEL CABRITA, *Direitos humanos: um conceito em movimento*, Coimbra, Almedina, 2011, p. 174 ss. Também JOSÉ CASALTA NABAIS denunciou o risco de “panjusfundamentalização” levar à banalização, sustentando a necessidade de “purificação” e “diferenciação” dos direitos fundamentais, vd. “Algumas reflexões críticas sobre os direitos fundamentais”, in *Por uma liberdade com responsabilidade*, Coimbra, Coimbra Editora, 2007, p. 103 ss.

<sup>386</sup> JOSÉ CASALTA NABAIS, “Algumas reflexões ...”, cit., p. 110. No caso português, essa abertura está expressamente reconhecida no n.º 1 do art. 16.º da CRP, ainda que a consagração do direito ao (livre) desenvolvimento da personalidade (art. 26.º da CRP) se cifre, igualmente, num reforço da abertura. Alertando igualmente para a “proliferação indiscriminada de direitos fundamentais com assento apenas na lei ordinária”, J. C. VIEIRA DE ANDRADE, “Os direitos fundamentais...”, cit., p. 1051 ss.

<sup>387</sup> E aí, paradoxalmente, avultando a contração dos direitos por força da “(inter)mediação burocrática administrativo-corporativa”, JOSÉ CASALTA NABAIS, “Algumas reflexões ...”, cit., p. 129 e, desenvolvidamente, p. 115 ss.

<sup>388</sup> Entre nós, com sugestivo título, LUÍSA NETO, *Novos direitos ou novo(s) objeto(s) para o Direito?*, Porto, UP, 2010.

<sup>389</sup> Podendo discutir-se aí qual o sentido possível a conferir à universalidade. A propósito dos direitos sociais, vd. JOSÉ CASALTA NABAIS, “Algumas reflexões...”, cit., p. 126 ss.

<sup>390</sup> JOSÉ CASALTA NABAIS, “Algumas reflexões...”, cit., p. 111 fala, a propósito e tendo por referência a CRP, em “coletivismo jusfundamental” e no risco de conversão dos direitos fundamentais em instrumentos de opressão, e não de libertação. Sobre os direitos coletivos e os direitos de grupos, vd. *infra*, o que escrevemos na Parte II.

as relações privadas e íntimas), e não apenas dentro do Estado, mas também fora dele, vinculando atores privados transnacionais<sup>391</sup>. A expansão dos direitos fundamentais (*lato sensu*) é, assim, reflexo e motor da sua transversalidade, sendo a sua função de *carrefour* de convergências visível quer entre direito interno e direito internacional, quer no seio do direito interno (v.g. na relação entre diferentes “ramos” do direito em torno da proteção de bens jusfundamentais) quer ainda na relação entre direito internacional privado, direito internacional público e direito constitucional<sup>392</sup>.

Pensando na evolução do Estado constitucional de direito, a passagem do Estado liberal ao Estado social – e, para alguns, ao Estado pós-social<sup>393</sup> – trouxe importantes consequências não apenas na forma de conceber os direitos ditos “clássicos” ou de “primeira geração”, e.g., direitos políticos, como também, entre outras tendências, a irradiação dos direitos fundamentais, o reconhecimento da sua eficácia horizontal, o alargamento a novas dimensões tradutoras de uma nova conceção do homem como “situado” (v.g. a dimensão cultural<sup>394</sup>) e de uma nova conceção de igualdade, avultando aí o alargamento a novos direitos, e.g. os direitos económicos, sociais e culturais<sup>395</sup>.

A expansão dos direitos em sucessivas “camadas jusfundamentais”<sup>396</sup> pode ser representada através da metáfora das “gerações de direitos”<sup>397</sup>, expressão, segundo

---

<sup>391</sup> Sobre a questão, GUNTHER TEUBNER, “Transnational...”, cit., p. 197.

<sup>392</sup> Também ERIK JAYME, *Identité Culturelle et intégration: le Droit International Prive Postmoderne*, Recueil des cours / Académie de Droit International de La Haye, n.º 251, 1995, p. 9 ss., p.37, salienta que os direitos do homem esbatem as fronteiras entre Direito Internacional público e privado, sendo este último, na sua versão pós-moderna, caracterizado pelo regresso a um certo monismo do direito internacional, pelo menos do ponto de vista da teoria do direito, no sentido em que a pessoa humana é o centro do Direito, cabendo ao direito internacional privado ocupar-se de fenómenos que tocam a esfera privada do indivíduo e sentimentos da sua vida interior e proteger essas expressões da condição humana (ob. cit, p. 56).

<sup>393</sup> VASCO PEREIRA DA SILVA, *A cultura a que tenho direito. Direitos fundamentais e cultura*, Coimbra, Almedina, 2007, p. 30 ss.

<sup>394</sup> CARLOS RUIZ MIGUEL, “El constitucionalismo...”, cit.

<sup>395</sup> Sobre a questão, JORGE MIRANDA, *Manual...*, Tomo IV, cit., p. 36 ss. e JORGE REIS NOVAIS, *Os princípios...*, cit., p. 15 ss., *maxime* p. 30 ss.

<sup>396</sup> JOSÉ CASALTA NABAIS, “Algumas reflexões ...”, cit., p.104 ss.

<sup>397</sup> Sobre a questão, *inter alia*, J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional...*, cit., p. 386, INGO SARLET, *A eficácia...*, cit., p. 49 ss., ANTÓNIO-ENRIQUE PÉREZ LUÑO, “Las generaciones de derechos humanos”, in RCEC, n.º 10, 1991, p. 203 ss., PAULO BONAVIDES, *Teoria Constitucional...*, cit., p. 351ss. e ALESSANDRO PIZZORUSSO, “Les générations de droits”, in *Liber Amicorum Jean-Claude Escarras. La communicabilité entre les systèmes*

alguns autores, substituída com proveito por “dimensões dos direitos”, assim afastando a sugestão de uma “substituição gradativa de dimensões”<sup>398</sup>. O conceito permite representar “a dimensão da historicidade” no sentido do aprofundamento progressivo das “formas de realização da dignidade da pessoa humana”<sup>399</sup>, traduzindo o processo evolutivo e o caráter cumulativo e complementar de todos os direitos e, para além disso, a sua unidade e indivisibilidade no contexto do direito interno e também do direito internacional<sup>400</sup>. Assim, ao invés de “cristalizar” ou hierarquizar os direitos, trata-se de perceber os direitos fundamentais na sua feição evolutiva e aberta, o que conduz, quer ao alargamento, quer à “atualização” do conceito de direitos fundamentais<sup>401</sup>. A distinção entre as sucessivas gerações – com diferentes formulações na doutrina, é certo<sup>402</sup> - não diz apenas respeito ao objeto dos direitos,

---

*juridiques*, Bruxelas, Bruylant, 2005, p. 926 ss. Este último considera que a classificação tem interesse apenas para a história e a cronologia dos desenvolvimentos constitucionais dos três últimos séculos, não apresentando as características de precisão necessária para servir como noção jurídica, seja do ponto de vista legislativo, seja do ponto de vista da interpretação sistemática.

<sup>398</sup> INGO SARLET, *A eficácia...*, cit., p. 50.

<sup>399</sup> VASCO PEREIRA DA SILVA, *A cultura...*, cit., p. 30.

<sup>400</sup> INGO SARLET, *A eficácia...*, cit., p. 51, ressalvando-se todavia que a “evolução geracional” dos direitos não ocorre sempre idêntica e paralelamente no plano interno e no plano internacional.

<sup>401</sup> VASCO PEREIRA DA SILVA, *A cultura...*, cit., p. 33 e INGO SARLET, *A eficácia...*, cit., p. 57 e ss. Em especial, VASCO PEREIRA DA SILVA, ob. cit., loc. cit., alude a uma reconstrução jurídica da noção de direitos fundamentais no sentido de considerar que a proteção que eles garantem é realizada, simultaneamente, através de dimensões de “abstenção”, de “prestação” e de “participação”, assim como vale tanto perante destinatários públicos como privados, realçando a “unidade” da categoria, a dois níveis: o da identidade axiológica (“sejam eles da primeira, da segunda ou da terceira geração, os direitos fundamentais constituem a resposta jurídico-constitucional adequada ao problema da proteção da dignidade da pessoa humana, a qual vai evoluindo (no tempo e no espaço) em função de novas agressões e desafios colocados pela vida social”) e o da identidade estrutural (“pois todos eles se podem caracterizar, do ponto de vista jurídico, por apresentar simultaneamente uma vertente negativa e uma vertente positiva, assim como também uma dimensão subjetiva e objetiva”). Sobre a desejabilidade de uma abordagem unitária dos direitos fundamentais, ANDRÉ SALGADO DE MATOS, “O direito ao ensino: Contributo para uma dogmática unitária dos direitos fundamentais”, in *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Paulo de Pitta e Cunha*, III, Coimbra, Almedina, 2010, p. 395 ss., JORGE REIS NOVAIS, *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela constituição*, Coimbra, Coimbra Editora, 2003, p. 125 ss. e ISABEL MOREIRA, *A solução dos direitos*, Coimbra, Almedina, 2007, p. 181 ss.

<sup>402</sup> Admitindo-se diferenças não apenas quanto ao conteúdo, mas também quanto ao número de gerações, havendo quem admita uma quarta geração, vd. INGO SARLET, *A eficácia...*, cit., p. 55 ss. e PAULO BONAVIDES, *Teoria Constitucional...*, cit., p. 351 ss. Sobre a questão, VASCO PEREIRA DA SILVA, *A cultura...*, cit., p. 27 ss., salientando o paralelismo entre a

mas também à sua estrutura. Avulta, em especial, a questão da titularidade coletiva e difusa, aludindo-se a uma nova categoria de direitos, a dos *direitos de solidariedade*, correspondentes a uma terceira<sup>403</sup> ou quarta<sup>404</sup> geração de direitos - “direitos circulares”, poligonais e multifuncionais, com uma horizontalidade característica e uma dimensão objetiva fortíssima, que protegem bens que, embora possam ser individualmente atribuídos e gozados, são, ao mesmo tempo, bens comunitários de que todos são titulares, incluindo as gerações futuras, na medida em que esteja em causa a sua defesa, nas palavras de VIEIRA DE ANDRADE<sup>405</sup>.

Finalmente, os direitos humanos e fundamentais abrem-se igualmente ao futuro e à proteção das “gerações futuras”. Se, como afirma HARTWIG, refletindo sobre a questão a propósito da GG, “não pensar nas gerações futuras constitui uma violação da nossa própria geração”<sup>406</sup>, verificando-se um progressivo reconhecimento da necessidade de proteção, queda todavia em aberto a questão da forma assumida por essa proteção<sup>407</sup>, ainda que pareça inequívoco que a dimensão objetiva dos direitos fundamentais vincula os poderes públicos à sua tomada em consideração<sup>408</sup>. A

---

evolução dos direitos fundamentais e modelos de Estado e de constituição, identificando três gerações correspondentes ao Estado liberal, social e pós-social.

<sup>403</sup> Para SARLET, a nota distintiva dos direitos de terceira geração, ou direitos de solidariedade ou fraternidade, face aos de primeira e de segunda geração, é a sua titularidade coletiva ou difusa, INGO SARLET, *A eficácia...*, cit., p. 53-55. Rejeitando a inclusão de dimensões puramente objetivas nas “árvores genealógicas” de direitos, VASCO PEREIRA DA SILVA, *A cultura...*, cit. p. 28 ss. Rejeitando a inclusão dos direitos dos povos na categoria dos direitos humanos, em cuja terceira geração são, por vezes, incluídos, JORGE MIRANDA, *Manual...*, Tomo IV, cit., p. 80 ss.

<sup>404</sup> J. C. VIEIRA DE ANDRADE, *Os direitos...*, cit., p. 64, correspondem a uma quarta geração de direitos fundamentais, visto que não são basicamente liberdades, nem direitos de participação, nem direitos de prestação essencialmente dirigidos ao Estado, mas sim um complexo de todos eles.

<sup>405</sup> *Idem*, cit., p. 64. *Vd.* ainda JORGE BACELAR GOUVEIA, *Manual de Direito Constitucional*, vol. II, 4.<sup>a</sup> ed., Coimbra, Almedina, 2011, p. 1041 ss.

<sup>406</sup> MATTHIAS HARTWIG, “La costituzione...”, cit., p. 67, e, referindo-se a uma nova dimensão dos direitos fundamentais, a “geracional”, PETER HÄBERLE, *Le libertà fondamentali nello Stato Costituzionale*, Roma, La Nuova Italia Scientifica, 1993, p. 208 ss.

<sup>407</sup> Discutindo-se se esta proteção, para além de uma dimensão objetiva, poderá assumir uma dimensão subjetiva na veste de direitos fundamentais ou humanos das gerações futuras, e em que termos. Sobre a questão, JORGE MIRANDA, *Manual...*, Tomo IV, cit., p. 45 ss., JORGE PEREIRA DA SILVA, “Ensaio sobre a proteção constitucional das gerações futuras”, in *Homenagem ao Prof. Doutor Diogo Freitas do Amaral*, Coimbra, Almedina, 2010, p. 459 ss.

<sup>408</sup> Assim, MATTHIAS HARTWIG, “La costituzione...”, cit., p. 67. Entre nós, JORGE PEREIRA DA SILVA, “Ensaio...”, cit., p. 486 ss., admitindo a dimensão intergeracional dos direitos fundamentais, cuja proteção constitucional tem lugar, enquanto “realidades inscritas na

proteção das gerações futuras, a afirmação de problemas de “sustentabilidade” e a afirmação de um princípio de “solidariedade entre gerações”<sup>409</sup> - “talvez o mais complexo problema *moral* dos nossos tempos”<sup>410</sup> - não diz apenas respeito à preservação dos recursos naturais, alargando-se a outros domínios<sup>411</sup>, entre as quais a preservação dos “valores culturais”, do património cultural e da diversidade cultural<sup>412</sup>. A proteção da cultura, da diversidade cultural e do património cultural inevitavelmente envolve as gerações futuras, tal como de resto refletem diversos instrumentos internacionais de proteção<sup>413</sup>, v.g. os artigos 2.º e 7.º da *Declaração sobre a responsabilidade das gerações presentes para com as gerações futuras* (1997), os artigos 1.º e 3.º da *Declaração universal sobre a diversidade cultural* (2001), os artigos 4.º e 6.º da *Convenção sobre a protecção e promoção da diversidade de expressões culturais* (2005)<sup>414</sup>.

Porém, no plano internacional como no estadual (aludiremos *infra* à internormatividade), o sucesso dos direitos fundamentais nos séculos XX e XXI não deixa de gerar perplexidades e críticas de natureza diversa – das quais não se poderá

---

dimensão jurídico-objetiva do direitos fundamentais”, através da teoria dos deveres de proteção estaduais.

<sup>409</sup> A que a CRP alude na alínea d) do n.º 2 do art. 66.º, *in fine*. Por seu turno, da consagração constitucional do “Estado de cultura”, v.g. na al. a) do n.º 2 do art. 78.º, retira-se, escreve VASCO PEREIRA DA SILVA, *A cultura...*, cit., p. 63-64, um princípio do desenvolvimento culturalmente sustentável.

<sup>410</sup> VALERIA DE SANTIS, “Eredità culturale e responsabilità intergenerazionale”, in *Un Diritto...*, cit., p. 521 ss., p. 521.

<sup>411</sup> Como salienta JORGE MIRANDA, *Manual...*, Tomo IV, cit., p. 47, aí avultando a da preservação dos recursos económico-financeiros e a do endividamento estadual, como tem sido recentemente enfatizado. Entre nós, Ac. do TC n.º 187/2013 (LOE) e, fora de portas, a decisão do *BVerfG* no caso das medidas de ajuda à Grécia, 2 *BvR* 987/10 de 7/09/2011.

<sup>412</sup> Sobre a questão, numa dimensão internacional e também constitucional – face à constituição italiana - VALERIA DE SANTIS, “Eredità...”, cit. A autora nota (ob. cit., p. 534) que a política constitucional cultural está ligada ao desenvolvimento individual e coletivo dos direitos culturais, registando uma convergência das constituições modernas que, através da fórmula da “identidade cultural” ou do “bem-estar material e espiritual da qualidade de vida”, acabam por fundar o valor cultural no reconhecimento da centralidade da pessoa humana e na necessidade de garantir o desenvolvimento individual – exemplificando, *inter alia*, com os artigos 73.º e 74.º da CRP.

<sup>413</sup> Sobre a questão, VALERIA DE SANTIS, “Eredità...”, cit., p. 562-563.

<sup>414</sup> Adotados no âmbito da UNESCO. Quanto à vinculação do Estado português ao último dos documentos indicados, *vd.* Parte III.



aqui dar conta, a não ser de forma circunscrita - correspondendo-lhe, paradoxalmente, uma percepção de “excesso”, descridibilização e de vocação totalitária<sup>415</sup>.

A consagração de mais direitos e de mais catálogos, advertem alguns autores, pode constituir uma ameaça aos direitos, colocando-os perante o risco de banalização<sup>416</sup>, fazendo por outro lado aumentar a possibilidade de conflitos e não garantindo, necessariamente, uma proteção mais efetiva, designadamente tendo em conta a incerteza jurídica quanto ao regime aplicável<sup>417</sup> - um sintoma também da “crise de regulação” no Estado de direito<sup>418</sup>. Por outro, obriga a questionar se os direitos são “aptos” para lidar com as exigências de um mundo global e se eles são sempre a resposta (estruturalmente) adequada às novas questões e problemas – *e.g.*, na gestão da diversidade cultural – tanto mais quanto podem ser acusados de promover a exclusão ao invés de reforçar a inclusão<sup>419</sup>.

As “políticas de reconhecimento” – acomodando as diferenças sob a forma de uma multiplicidade de pretensões e “direitos particulares” em resultado de características específicas (*v.g.* género, etnia, língua) - inauguram uma nova fase na história dos direitos, substituindo à negação das diferenças como condição de igualdade o reconhecimento das identidades como penhor dessa mesma igualdade, compreendida em sentido material. Este processo de diferenciação ou de

---

<sup>415</sup> MARTA CARTABIA, “The age...”, *cit.*, usando a expressão “direitos totais”. Entre nós, aludindo a “impregnação totalitária” da democracia, operada entre outros fenómenos através do “esvaziamento do Estado de direitos fundamentais”, PAULO OTERO, *A democracia totalitária*, Cascais, Principia, 2001, p. 153 ss. Sobre os direitos fundamentais e seus desafios, entre nós, J. C. VIEIRA DE ANDRADE, *Os direitos...*, *cit.*, p. 60 ss. e JORGE BACELAR GOUVEIA, *Manual...*, vol. II, *cit.*, p. 1044 ss.

<sup>416</sup> Sobre a questão, GUY HAARSCHER, *Philosophie des droits de l’homme*, Bruxelas, Editions de l’Université de Bruxelles, 1993, p. 41 ss., em especial, aludindo aos conceitos de “banalização por inversão” e “banalização doce”. Entre nós, JOSÉ CASALTA NABAIS, “Algumas reflexões ...”, *cit.*, p. 103.

<sup>417</sup> Como dá conta, *v.g.*, VICENZO BALDINI, “Tutela interna e tutela internazionale dei diritti umani tra sovranità democratica e *Jurisdiktionsstaat* (I limiti della *Volkerrechtsfreundlichkeit* nell’ordinamento costituzionale italiano)”, *RTGAIC*, n.º 2, 2013, p. 1 ss.

<sup>418</sup> LUIGI FERRAJOLI, *Pasado...*, *cit.*, p. 20 ss.

<sup>419</sup> Alguns autores expressam dúvidas quanto ao papel a desempenhar pelo “discurso dos direitos” na tutela das identidades culturais, como dá conta JEAN-FRANÇOIS GAUDREAU-DESBIENS, “Introduction...”, *cit.*, p. 379-380. O “discurso dos direitos”, escreve, pode ser acusado de constituir um obstáculo epistemológico na gestão da diversidade, de encorajar abordagens maniqueístas de pendor fundamentalista, sejam ou não religiosas, conduzindo à distinção entre o “eu” e o “outro” e dificultando a discussão sobre os interesses comuns e os destinos partilhados.

“especificação”<sup>420</sup> dos direitos fundamentais, no sentido da sua particularização ou des-universalização orientada para a proteção de categorias particulares de pessoas atendendo às condições concretas da sua existência, suscita o receio de uma “parcelarização” da pessoa humana, de perda do sentido do que a todos une numa humanidade comum e, nesse sentido, de dissolução da universalidade moderna e regressão ao pré-moderno e aos direitos estamentais, em virtude da essencialização das diferenças<sup>421</sup>. Ressalvada a questão primeira de saber se é justificável a fragmentação de estatutos – questão à qual respondemos afirmativamente, por entendermos que do que se trata é de reconhecer, adicionalmente, direitos que se justificam em função da proteção diferenciada da pessoa - o problema não é, pois, a diferenciação positiva, isto é, a que conduz a mais direitos, mas o da “diferenciação predadora”, que recorta um estatuto (não especial, mas) excecional, que subtrai o indivíduo à titularidade dos direitos comuns. Estes direitos resultantes do processo de especificação “utilizam como meio a igualdade como diferenciação, e pretendem alcançar como fim a igualdade como equiparação”<sup>422</sup>. Esta constatação justifica que a “nova idade dos direitos” tenha por desafio reconhecer as diferenças sem comprometer a universalidade moderna, *id est*, levar em conta as identidades diferenciadas sem produzir novas desigualdades<sup>423</sup>.

Por outro lado ainda, a vulnerabilidade dos direitos – *maxime*, dos direitos sociais<sup>424</sup> – no contexto da aventada “crise do Estado Social”<sup>425</sup> e, em especial, nas

---

<sup>420</sup> GREGÓRIO PECES-BARBA MARTÍNEZ, *Curso de derechos fundamentales. Teoria general*, Universidad Carlos III de Madrid/Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1999, p. 317.

<sup>421</sup> Sobre a questão, FRANÇOIS OST, “Préface...”, cit., p. IX e ss., Jorge MIRANDA, *Manual...*, Tomo IV, cit., p. 122, e o que se escreve *infra*, na Parte II.

<sup>422</sup> GREGÓRIO PECES-BARBA MARTÍNEZ, *Curso...*, cit., p. 317. Esta referência ao objetivo da igualdade permite distinguir estes direitos do “homem situado” dos privilégios medievais, cujo objetivo era, não prosseguir a igualdade, mas manter a desigualdade.

<sup>423</sup> FRANÇOIS OST, “Préface...”, cit., p. XX.

<sup>424</sup> Mas não só, na medida em que todos os direitos (e não apenas os “sociais”) têm custos, como vem alertando, entre nós, JOSÉ CASALTA NABAIS, “A face oculta dos direitos fundamentais: os deveres e os custos dos direitos”, in *Estudos em Homenagem ao Conselheiro José Manuel Cardoso da Costa*, vol. II, Coimbra, Coimbra Editora, 2003, p. 737 ss., *maxime* p. 748 ss.

<sup>425</sup> Sobre a questão, JOÃO LOUREIRO, *Adeus ao Estado Social?*, Coimbra, Coimbra Editora, 2010, p. 15 ss. e 52 ss., e JORGE MIRANDA, “Os novos paradigmas do Estado social”, in *RFDUP*, Ano IX, 2012, p.181 ss., pronunciando-se, não no sentido do *fim* do Estado Social, mas antes da sua necessária reinvenção e aprofundamento.

situações de crise económico-financeira<sup>426</sup> mostra que, não obstante o reforço da proteção jurídica, visível na constitucionalização e, mesmo, na “subjectivização” destes direitos nas constituições do Estado Social de Direito, mas também no reforço da sua garantia internacional<sup>427</sup>, esta nada pode contra o degradar dos pressupostos fácticos da sua proteção. Neste contexto, a universalidade e a igualdade são problematizadas<sup>428</sup>, o que se combina, de outra perspetiva, com a “mudança de paradigma” do Estado Social, que passa de “prestador” a “regulador” e “garantidor”<sup>429</sup>.

Mas sirva-nos a crise económica e financeira, como propõe GOMES CANOTILHO, de pretexto para refletir de forma mais aturada sobre o conceito de “direitos a ações positivas” (ou prestações *lato sensu*) por parte do Estado<sup>430</sup>. Não se trata apenas de refletir criticamente sobre os chamados direitos a prestações em sentido estrito, mas também de aprofundar a categoria dos “direitos de organização e procedimento”, os quais salientam precisamente a importância das dimensões de organização e procedimento para a efetivação dos direitos fundamentais, na linha do ensinamento de HESSE e do *status activus processualis* de HÄBERLE<sup>431</sup>. Quanto a

---

<sup>426</sup> Sobre a questão, recentemente, TIAGO ANTUNES, “Reflexões constitucionais em tempo de crise económico-financeira”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda*, vol. III, Coimbra, Coimbra Editora, 2012, p. 727 ss. e LUÍS PEREIRA COUTINHO, “Os direitos sociais e a crise: breve reflexão”, in *D&P*, n.º 1, 2012, p. 75 ss.

<sup>427</sup> *Vd.*, recentemente, a entrada em vigor, em 5/05/2013, do Protocolo Facultativo ao PIDESC, adotado pela AGNU em 10/12/2008, do qual Portugal é parte (aprovação por Resolução da AR n.º 3/2013, de 21/01 e ratificação por Decreto do PR n.º 13/2013, de 21/01).

<sup>428</sup> Discutindo-se a substituição da igualdade universal ou aritmética na titularidade das prestações sociais pela igualdade diferenciada, geométrica, *id est*, medida pelas necessidades – na expressão de VIEIRA DE ANDRADE, “direitos de todos os que precisam, na medida em que precisam”, *vd.* J. C. VIEIRA DE ANDRADE, *Os direitos...*, cit., p. 65-66 e, de outra perspetiva, JORGE MIRANDA, “Os novos paradigmas...”, cit., p. 190 ss.

<sup>429</sup> J. C. VIEIRA DE ANDRADE, *Os direitos...*, cit., p. 65-66.

<sup>430</sup> J. J. GOMES CANOTILHO, “Protecção de direitos fundamentais através de organização e procedimento”, in *RFDUP*, Ano VIII, 2011, p. 197 ss., p. 197. O conceito de direitos a prestações em sentido amplo foi amplamente desenvolvido por ALEXY, *vd.* ROBERT ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 186 ss. e, desenvolvidamente, 419 ss. Entre nós, CRISTINA QUEIROZ, *Direitos fundamentais...*, cit., p. 171 ss.

<sup>431</sup> Sobre a questão, ROBERT ALEXY, *Teoría...*, cit., p. 454 ss. Depois de sublinhar o carácter impreciso da categoria, o autor propõe a distinção, com base no objeto dos direitos, entre competências de direito privado, procedimentos judiciais e administrativos (procedimentos em sentido estrito), organização em sentido estrito e formação da vontade estadual. Entre nós, seguindo E. SCHMIT-ASSMANN, J. J. GOMES CANOTILHO, “Protecção...”, cit., p. 199, distingue “quatro tipos relacionais dos direitos com os esquemas de organização e procedimento”, quais

estes, avulta não apenas a questão do reconhecimento de imposições de organização e procedimentos relativos a direitos fundamentais - expressamente consagradas na constituição ou implicitamente decorrentes dos preceitos relativos aos direitos fundamentais, em virtude da sua característica da *efetividade*<sup>432</sup>-, mas igualmente a questão de saber se a esses deveres corresponderá um direito subjetivo ao seu cumprimento (e, depois, ao seu não “descumprimento”) <sup>433</sup>. Com efeito, a dimensão de proteção e garantia aqui implicada não diz apenas respeito à proteção jurisdicional, mas também a outras formas de efetivação da função de proteção dos direitos fundamentais, seja através de entidades administrativas e da organização de procedimentos (v.g. administrativos) adequados com adequadas garantias de informação e participação seja em termos mais gerais através do reconhecimento de um direito a uma organização possibilitadora do exercício dos direitos fundamentais<sup>434</sup>, ou, mesmo, a uma organização em moldes democráticos e pluralistas<sup>435</sup>.

---

sejam “(i) proteção dos direitos fundamentais *na* organização e *no* procedimento; (b) garantias jusfundamentais *de* organização e *de* procedimento; (iii) pressupostos jusfundamentais com garantias de procedimento; (iv) proteção de direitos fundamentais *através* de regulações de procedimento e de organização”.

<sup>432</sup> J. C. VIEIRA DE ANDRADE, *Os direitos...*, cit., p. 143 e n. 93, escrevendo “deve entender-se que a efetividade é uma característica própria dos direitos fundamentais (...) e, por isso, basta o respetivo preceito consagrador para tornar obrigatória a regulação (em regra, legislativa) da organização ou do procedimento que sejam necessários ao seu exercício”, e nos termos adequados a esse exercício.

<sup>433</sup> *Idem*, cit., p. 144 ss., aludindo aos critérios da “necessidade” e do “núcleo essencial” para determinação da existência de um direito subjetivo, suscetível de tutela judicial, e ROBERT ALEXI, *Teoria...*, cit., p. 474 ss., propondo a distinção entre fundamentação de tipo objetivo ou subjetivo das normas jusfundamentais relativas à organização, discutindo a possibilidade de retirar uma norma subjetiva a partir de uma fundamentação subjetiva e pronunciando-se favoravelmente pela “tese segundo a qual o indivíduo, se está jusfundamentalmente protegido, está-o por princípio não apenas através de normas objetivas, mas de direitos subjetivos” (ob. cit., p.481).

<sup>434</sup> Sobre a questão, J. J. GOMES CANOTILHO, “Protecção...”, cit. e VASCO PEREIRA DA SILVA, *A cultura...*, cit., p. 27 ss. e 71 ss. Sobre a função de proteção dos direitos fundamentais e seu alargamento, JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO, *Direitos Fundamentais (Introdução Geral)*, Estoril, Principia, 2007, p. 83-84 e, exemplificando quanto aos direitos fundamentais dos imigrantes, CARLA AMADO GOMES/ ANABELA COSTA LEÃO, *A condição de imigrante*, Coimbra, Almedina, 2010, p. 55 ss.

<sup>435</sup> Em sentido circunscrito, v.g. direito ao pluralismo na organização dos meios de comunicação social, ou em sentido amplo. Assim, PAULO BONAVIDES, *Teoria...*, cit., p. 353 ss., alude a uma quarta geração de direitos fundamentais, correspondentes à globalização política, nas quais integra os direitos ao pluralismo, à informação e à democracia.

Por seu turno, na “sociedade de risco”, “social” e “tecnológico”<sup>436</sup>, os direitos fundamentais são confrontados com a acusação de “excesso de garantismo” e de incompreensão pelas necessidades coletivas, v.g. segurança<sup>437</sup>, mas igualmente com o desafio acrescido da regulação e da proteção em contextos de complexidade. Tal tem sido evidenciado a propósito da proteção do ambiente e, também, da proteção da pessoa face aos avanços das biociências. Mas se tivermos, por exemplo, em mente a emergência da categoria jurídica da “vulnerabilidade”<sup>438</sup>, ou a compreensão complexa da discriminação como discriminação múltipla, em especial interseccional<sup>439</sup>, compreender-se-á que a consideração do risco é igualmente válida perante realidades complexas como a da imigração e da diversidade cultural, “novas fronteiras” do princípio da igualdade. A este propósito, não pode ainda deixar de notar-se que, de acordo com a máxima “para intervir é preciso conhecer”, ecoa a necessidade de uma compreensão multidisciplinar, convidando ao diálogo interdisciplinar<sup>440</sup>. Tal não significa que não haja um *quid* específico de intervenção jurídica, ou que o Direito deva renunciar à sua pretensão reguladora, mas apenas que tem de ser “um direito de olhos bem abertos (...) para saber por onde vai sem tropeçar e sem se ensimesmar”<sup>441</sup>.

Reconhecer os paradoxos que habitam os direitos humanos e/ou fundamentais não significa, todavia, considerá-los supérfluos, antes exige a sua mediação. Trata-se,

---

<sup>436</sup> CARLA AMADO GOMES, “Estado Social e concretização de direitos fundamentais na era tecnológica: algumas verdades inconvenientes”, in *SI*, Tomo LVII, 2008, n.º 315, p. 409 ss. e “Risque sanitaire et protection de l’individu contre soi-même. Quelques topiques pour un débat”, in *RMP*, n.º 116, 2008, p. 133 ss.

<sup>437</sup> Sobre a questão, sobre a qual não nos deteremos, *vd.* CÂNDIDO DA AGRA *et al.* (eds.), *La seguridad en la sociedad de riesgo. Un debate abierto*, Barcelona, Atelier, 2003. Em especial, avultam neste domínio as reflexões que cruzam imigração, diversidade e criminalidade, seja do ponto de vista do “criminoso”, seja do ponto de vista da “vítima”, bem como a discriminação institucional, designadamente a que tem lugar através do sistema de aplicação da justiça.

<sup>438</sup> Tem-se especialmente em vista a proteção dos grupos vulneráveis pela jurisprudência do TEDH, v.g. *Caso M.S.S. c. Bélgica e Grécia*, 21/01/2011 e, em especial, o voto do juiz Andras Sajò. Sobre os grupos vulneráveis, *vd.* ainda PILAR TRINIDAD NUÑEZ, “La evolución en la protección de la vulnerabilidad por el derecho internacional de los derechos humanos”, in *RERI*, n.º 4, 2012, p. 125 ss.

<sup>439</sup> Sobre o conceito, as modalidades e a nova abordagem destas discriminações, *vd.* FERNANDO REY MARTÍNEZ, “La discriminación múltiple, una realidad antigua, un concepto nuevo”, in *REDC*, n.º 84, 2008, p. 251 ss.

<sup>440</sup> PATRÍCIA JERÓNIMO, “Direito...”, *cit.*, p. 345 ss.

<sup>441</sup> PAULO FERREIRA DA CUNHA, *Direito Constitucional Aplicado*, Lisboa, Quid Iuris, 2007, p. 60.

não de pôr em causa o significado e o valor dos direitos em causa, mas de evidenciar os paradoxos e riscos de uma certa “cultura de direitos”, avultando aí a denúncia do “indivíduocentrismo”<sup>442</sup> e da perda de solidariedade, da hiperbolização da interpretação libertária em detrimento da dimensão dignitária, do excesso de direitos acompanhado de um esquecimento dos deveres<sup>443</sup>, da fragmentação do humano, do etnocentrismo e do “imperialismo cultural”, e da paradoxal “tomada” dos direitos pelo poder, comprometendo a sua função de contrapoder, o que é visível em diversas dimensões <sup>444</sup> - e.g. se e na medida em que se demitam do seu *ethos* de liberdade e de libertação face ao poder para se converterem em instrumentos de poder e opressão (ou, para aludir à expressão de BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS, de globalização hegemónica<sup>445</sup>).

Perante o que se vem expondo, várias vozes recomendam a necessidade de revalorização de certas dimensões dos direitos (e.g. a sua dimensão de liberdade e de limitação do poder), a adoção de abordagens moderadas<sup>446</sup>, a moderação na determinação da “jusfundamentalidade” e a necessidade de uma diferenciação entre os direitos e/ou as dimensões objetivas e subjetivas da sua proteção<sup>447</sup>. A questão reconduz-se, em suma, ao necessário reconhecimento da *multidimensionalidade* e da *multifuncionalidade* dos direitos humanos e dos direitos fundamentais<sup>448</sup>.

---

<sup>442</sup> ONUMA YASUAKI, “A transcivilizational perspective on international law”, in *Récueil ds Cours de l’Académie du Droit International*, n.º 342, 2009, p. 81 ss., p. 342 ss.

<sup>443</sup> JOSÉ CASALTA NABAIS, “Algumas reflexões...”, cit., p. 109 ss.

<sup>444</sup> MARTA CARTABIA, “The age...”, cit., p. 4 ss., LORENZA VIOLINI, “Multiculturalismo...”, cit., p. 51 e 55. Entre nós, JOSÉ CASALTA NABAIS, “Algumas reflexões...”, cit., p. 103 ss., JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, “Pessoa, direitos fundamentais e direito de personalidade”, in *Revista Mestrado em Direito. OSASCO*, ano 6, 2006, p. 145 ss. e PATRÍCIA JERÓNIMO, *Os Direitos do homem à escala das civilizações*, Coimbra, Almedina, 2001, p. 302 ss. Remetemos ainda para as considerações tecidas na Parte II sobre a crítica ao liberalismo e ao individualismo.

<sup>445</sup> BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS, “Por uma conceção...”, cit., p. 329 ss.

<sup>446</sup> MARTA CARTABIA, “The age...”, cit., p. 44. Também MARCELO NEVES, *Transconstitucionalismo*, cit., p. 228-229, escreve que “em relação ao “outro”, à ordem diversa dos nativos, cabe antes uma postura transconstitucional de autocontenção dos direitos fundamentais cuja otimização possa levar à desintegração de formas de vida”.

<sup>447</sup> Assim, JOSÉ CASALTA NABAIS, “Algumas reflexões...”, cit., p. 119 ss.

<sup>448</sup> *Infra*, 4.

## 2. Direitos humanos entre relativismo e imperialismo

Não obstante a notável expansão dos direitos humanos, a questão do seu fundamento permanece em aberto, assim como a da sua força jurídica – questões, apesar de tudo, mais pacíficas no plano estadual, onde a positivação dos direitos se assumiu como constitucionalização (formal e material) e lhes granjeou a força das normas constitucionais, com tudo o que isso implica.

Qual seja o conceito de ‘direitos humanos’ subjacente ao movimento internacional dos direitos humanos é, por conseguinte, uma questão controvertida, podendo sustentar-se pragmaticamente a desnecessidade da sua determinação, em benefício de uma densificação de *quais são* os direitos humanos<sup>449</sup>. Ou, de outro jeito, que “o problema de fundo dos direitos do homem é hoje não tanto o de os *justificar* quanto de os *proteger*: e este é um problema não filosófico, mas político”<sup>450</sup>.

Aos direitos humanos atribui-se a característica da universalidade. Esta, na medida em que pode referir-se a múltiplas dimensões<sup>451</sup>, é porventura melhor compreendida como horizonte, *id est*, “universalidade racional” ou moralidade básica universal, própria da ética pública da modernidade como ética da democracia e dos direitos humanos, que justifica os direitos humanos (o “universal” é assim a “moralidade básica dos direitos”, mais que os próprios direitos)<sup>452</sup>. Como teremos oportunidade de analisar *infra*, a linguagem comum dos direitos humanos, no seu afã universalista e cosmopolita, pode ser acusada de ignorar e mesmo comprimir a diversidade cultural. A sua “notável expansão”, a que vimos aludindo, não esconde,

---

<sup>449</sup> A questão da necessidade de determinar esse fundamento, pode, numa abordagem mais pragmática, ser evitado respondendo à questão, não de saber o que são os direitos humanos, mas *quais* são os direitos humanos. Sobre a questão, criticamente, ISABEL CABRITA, *Direitos...*, cit., p. 22 ss. e JOSÉ PUREZA, *O património comum da humanidade: rumo a um direito internacional da solidariedade?*, Porto, Edições Afrontamento, 1998, cit., p. 88 ss.

<sup>450</sup> JORGE MIRANDA, *Manual...*, Tomo IV, cit., p. 62 ss., aludindo à conhecida perspectiva de Norberto Bobbio. Não é esta a posição do autor, que rejeita visões rígidas mas apela ao conceito de consciência jurídica formada segundo certos valores e assente num consenso básico acerca da forma de conceber a relação entre a pessoa e o Estado, consenso sem o qual não é possível reconstruir a unidade de sentido dos direitos fundamentais.

<sup>451</sup> GREGÓRIO PECES-BARBA MARTÍNEZ, *Curso...*, cit., p. 299 ss., notando que a universalidade dos direitos (em sentido lato) pode referir-se à *titularidade*, à *validade temporal* (ou ao seu carácter racional e abstracto à margem do tempo) ou à *dimensão espacial*, querendo, nesta última dimensão, que é a da cultura, designar direitos que se estendem a todas as sociedades políticas.

<sup>452</sup> GREGÓRIO PECES-BARBA MARTÍNEZ, *Curso...*, cit., p. 312 ss.

antes expõe, a tensão entre relativismo e universalismo, inerente aos contextos de diversidade cultural. A discussão - mais perniciosa que proveitosa, sustentam alguns – conduz-nos, porém, à questão da busca de referente num contexto de diversidade cultural, questão que, quanto a nós, há-de ser tentativamente respondida no contexto de uma perspectiva intercultural<sup>453</sup>. Atender à diversidade cultural não significa recusar a procura de valores, mas apenas reconhecer que a sua determinação não prescinde da referência a um contexto - o que supõe, não o relativismo, mas a relatividade - e que o “imperativo humano do nosso tempo” é a mútua fecundação de culturas<sup>454</sup>. Trata-se, por conseguinte, de uma perspectiva “não aprioristicamente hostil à universalidade, mas sim hostil à universalidade apriorística”, para evocar a expressão de JOSÉ PUREZA<sup>455</sup>.

A multiplicidade de discursos sobre os direitos humanos<sup>456</sup> permite, quanto a nós, ilustrar a multidimensionalidade que caracteriza tais direitos e a necessidade de encontrar vias compromissórias entre abordagens de pendor abstratizante e abordagens puramente contextuais ou pragmáticas. Não estando em causa discordar *sobre* a proteção dos direitos humanos<sup>457</sup>, esta há-de permitir acomodar, no seu seio,

---

<sup>453</sup> Convergingo neste sentido, ainda que partindo de pressupostos diferentes, PATRÍCIA JERÓNIMO, *Os Direitos...*, cit., p. 259 ss. e ISABEL CABRITA, *Direitos...*, cit., p. 206,

<sup>454</sup> RAIMON PANIKKAR, “La interpelación...”, cit., p. 33 e 43 ss. e *supra*. Também ISABEL CABRITA, *Direitos...*, cit., p. 181-182 sublinha que o relativismo cultural não equivale necessariamente a relativismo moral ou ético, podendo apresentar-se como “atitude metodológica de apelo ao diálogo entre culturas e à crítica intercultural” e não como uma simples expressão da crença na impossibilidade de alcançar uma ética global (entendimento que, como também ressalva, não é pacífico).

<sup>455</sup> JOSÉ PUREZA, *O património...*, cit., p. 90.

<sup>456</sup> Usamos a expressão de LUÍS PEREIRA COUTINHO, “Os discursos dos direitos humanos e a sua proteção internacional”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda*, vol. V, Coimbra, Coimbra Editora, 2012, p. 279 ss. O autor distingue dois grandes tipos de discursos, os fundacionalistas e os não fundacionalistas. Ainda sobre a questão, veja-se MARIE-BÉNEDICTE DEMBOUR, “What are human rights? Four Schools of Thought”, in *HRQ*, n.º 32, 2010, p. 1 ss., identificando quatro escolas de direitos humanos - a *escola naturalista*, que entende os direitos como dados, a *deliberativa*, que os entende como direitos sobre os quais se acorda, a *escola de protesto*, que os entende como direitos pelos quais se luta, e a *escola do discurso*, como direitos sobre os quais se conversa – com diferentes entendimentos sobre o fundamento, a universalidade, a possibilidade de realização e a consagração jurídica dos direitos humanos.

<sup>457</sup> Merece referência a jurisprudência do TIJ, em especial o caso *Barcelona Traction Light and Power Company, Limited*, ac. de 5.2.1970, *I. C. J. Reports 1970*, p. 3 ss., § 33 e 34, fundamental no reconhecimento do carácter jurídico e universalmente obrigatório dos direitos humanos.



discordâncias *na* proteção<sup>458</sup>. Com efeito, será de rejeitar a compreensão de uma normatividade que prescindia da referência à sua “possibilidade cultural”<sup>459</sup>. Queremos com isto dizer<sup>460</sup> que, no plano internacional (como, de resto, no interno), a intersubjetividade como interculturalidade se nos afiguram como caminho para a identificação de “referentes”, os quais não podem ser “criados” por nenhuma teoria nem ter-se por pré-fixados, mas resultar de diálogos significativos, assente que os direitos humanos não prescindem da referência à cultura<sup>461</sup>, mas impõem uma reflexão crítica sobre as homogeneidades culturais subjacentes, *inclusive* ao próprio discurso dos direitos humanos<sup>462</sup>.

Os direitos humanos corresponderão, antes, a uma “*experiência* elementar universal” (sublinhado nosso), no sentido proposto por CARTABIA<sup>463</sup>, revelada “no encontro entre as diversas culturas, porque não pertence a um universo abstrato que prescindia das formas culturais, histórica e positivamente determinadas, nas quais os homens conduzem a sua existência”<sup>464</sup>. Nesta perspetiva, as modernas sociedades heterogêneas contemporâneas são terreno fértil para a emergência do *comum*<sup>465</sup>. A normatividade dos direitos humanos não tem, por conseguinte, de ser uma ilusão, ainda que a sua universalidade tenha de ser construída através do diálogo e do debate. Uma compreensão das culturas como monolíticas e estáticas dificultará certamente a aceitação de diálogos interculturais, “aprendizagens recíprocas” e recompreensões

---

<sup>458</sup> LUÍS PEREIRA COUTINHO, “Os discursos...”, cit., p. 297.

<sup>459</sup> *Idem*, cit., p. 287.

<sup>460</sup> Acompanhando no essencial o que entre nós escreveu recentemente LUÍS PEREIRA COUTINHO, “Os discursos...”, cit., p. 299.

<sup>461</sup> É neste sentido que podemos afirmar que “somos todos relativistas, moldados pela nossa cultura, religião e contexto”, com ABDULAH AN’NA-IM, “Taming...”, cit., p. 57-58.

<sup>462</sup> Como salienta, também, JOSÉ PUREZA, *O património...*, cit., p. 90.

<sup>463</sup> MARTA CARTABIA, “Diritti umani e pluralità delle culture: un percorso possibile”, in JAVIER PRADES (ed.), *All’origine della diversità. Le sfide del multiculturalismo*, Milão, Edizione Angelo Guerini e Associati SpA, 2008, p. 33 ss., p. 41-42.

<sup>464</sup> *Idem*, cit., p. 42.

<sup>465</sup> *Idem*. Também MANUEL CARNEIRO DA FRADA, “Relativismo...”, cit., p. 680, escreve que, como a “razão” do Direito é uma razão prática e histórica, “a diversidade de opiniões e contextos socioculturais, longe de representar (invariavelmente) um obstáculo ou um empecilho, constitui uma riqueza e uma oportunidade que não pode desperdiçar-se no diálogo social. As distintas civilizações e culturas são chamadas a cooperar para a formação da verdade prática (...) dando para isso o seu melhor contributo”.

normativas – porém, como teremos oportunidade de desenvolver *infra*, não é esse o nosso entendimento das “culturas”<sup>466</sup>.

Significa igualmente que o reconhecimento da matriz ocidental dos direitos humanos<sup>467</sup> não é um obstáculo à sua proteção, assim como não deve ser obscurecida, sem prejuízo do eventual reconhecimento do contributo de outros discursos<sup>468</sup>. Com efeito, a questão de saber se os direitos humanos são ou não um legado ocidental à humanidade, e em que medida o são<sup>469</sup>, apresenta-se como diferente de uma outra, que é a de saber se, sendo-o, essa circunstância os torna inadequados à realidade (internacional) intercultural<sup>470</sup>. A resposta a esta última questão não tem de ser negativa - mas, sendo positiva, não pode significar um inaceitável “imperialismo dos direitos humanos”<sup>471</sup>. Este poderá ser evitado se os direitos humanos puderem ser compreendidos e intersubjetivamente densificados a partir de outras matrizes culturais que não apenas a ocidental<sup>472</sup>.

---

<sup>466</sup> Assumindo um relativismo de tipo forte, mas contestando precisamente a tendência para a absolutização das culturas, na medida em que amputa os indivíduos do poder de crítica dos referentes próprios do seu universo cultural (e não apenas dos de universos culturais alheios) e nega a heterogeneidade e a capacidade de mudança das culturas, considerações que acompanhamos (e desenvolveremos *infra*, na Parte II), *vd.* PATRÍCIA JERÓNIMO, *Os Direitos...*, cit., p. 261 ss. Também sobre a necessidade de compreender o conceito de direitos humanos em termos evolutivos, ONUMA YASUAKI, “A transcivilizational...”, cit., p. 342 ss.

<sup>467</sup> Considerando que a universalidade é própria do ocidente, da sua conceção de racionalidade e da sua forma de teorizar o mundo, Henri PALLARD, “Universalité ou universalisation des droits de l’homme ? Un philosophe du droit lit un anthropologue du droit”, in CHRISTOPHE EBERHARD/ GENEVIEVE VERNICOS (eds.), *La quête anthropologique du droit*, Paris, Karthala, 2006, p. 115 ss. Sobre a questão, ainda JOSÉ PUREZA, *O património...*, cit., p. 88 ss. e ONUMA YASUAKI, “A transcivilizational...”, cit., p. 342 ss.

<sup>468</sup> Possibilidade explorada por alguns e rejeitada por outros. Sobre a oposição entre ocidente e islão no que respeita à matéria dos direitos humanos, PATRÍCIA JERÓNIMO, *Os Direitos...*, cit., p. 265 ss.

<sup>469</sup> Sobre a questão, HENRI PALLARD, “L’universalisation...”, cit.

<sup>470</sup> Sobre a questão, LUÍS PEREIRA COUTINHO, “Os discursos...”, cit., p. 288 ss.

<sup>471</sup> HENRI PALLARD, “L’universalisation...”, cit., p. 170, GIANCARLO ROLLA, “Diritti...”, cit., p. 856.

<sup>472</sup> Assim, LUÍS PEREIRA COUTINHO, “Os discursos...”, cit., p. 288 ss. e JOSÉ PUREZA, *O património...*, cit., p. 88 ss., este último notando que o equilíbrio entre universalidade e particularismos foi apenas timidamente conseguido pela Declaração de Viena de 1993. Sobre esta, ANTÓNIO AUGUSTO CANÇADO TRINDADE, “Balanço dos resultados da Conferência Mundial de Direitos Humanos: Viena, 1993”, in *RIIDH*, n.º 18, 1993, p. 11 ss. e, salientando a sua importância no contexto de uma perspetiva transcivilizacional sobre os direitos humanos, ONUMA YASUAKI, “A transcivilizational...”, cit., p. 342 ss. Sobre a questão, ainda, ALESSANDRA ALGOSTINO, “I diritti fra rispetto delle culture e imposizione di un modello: la

Os direitos humanos como possibilidade de uma “ética globalizada” têm, por conseguinte, de abrir-se ao contributo de outras culturas e à “interpretação plural, em sentido cultural, de direitos que se proclamam universais”<sup>473</sup>, bem como a operações equilíbrio e balanceamento com recurso ao princípio da proporcionalidade<sup>474</sup>. Evoque-se aqui o “universalismo situado” - que compreende, do ponto de vista teórico, um conjunto de valores e princípios partilhados (“universalismo essencial abstracto”) e, do ponto de vista prático, um acordo parcial sobre a individualização de algumas posições jurídicas (“universalismos situados”), *id est*, um universalismo que, para sê-lo, deve particularizar-se e situar-se, assumindo-se como *work in progress*<sup>475</sup>.

Uma perspectiva comprometida com a busca de referentes interculturais<sup>476</sup> não prescinde certamente da fixação de patamares mínimos de proteção, abaixo dos quais o compromisso não é possível, mas para além dos quais se desenvolve um sistema de proteção internacional de geometria variável, compatível com o desenvolvimento de sistemas estaduais de proteção diferenciados e correspondentes a “leituras múltiplas”, não auto excludentes mas tradutoras de “elaborações cultural e geograficamente distintas”, desde que salvaguardados os patamares mínimos a que se aludiu<sup>477</sup>. Será, por conseguinte, necessário identificar um núcleo mínimo irreduzível de direitos, exigível *erga omnes*, “fundo comum universal, consolidado mas aberto, de projeção normativa da dignidade da pessoa humana”, materializado num conjunto de bens jurídicos protegidos independentemente de particularismos nacionais ou culturais<sup>478</sup>.

---

via dell “universalismo situato”, in ROMANO ORRU/LUCIA G. SCIANELLA (org.), *Limitazioni di sovranità e processi di democratizzazione*, Turim, Giappichelli, 2004, p. 251ss.

<sup>473</sup> EUSÉBIO FERNANDEZ GARCIA, *Dignidad humana y ciudadanía cosmopolita*, Dykinson, 2001, p. 106.

<sup>474</sup> GIANCARLO ROLLA, “Diritti...”, cit., p. 857.

<sup>475</sup> ALESSANDRA ALGOSTINO, “I diritti...”, cit., p. 268 ss.

<sup>476</sup> E, portanto, muito dificilmente elaborados como “transculturais”, nota LUÍS PEREIRA COUTINHO, “Os discursos...”, cit., p. 291 e 299.

<sup>477</sup> LUÍS PEREIRA COUTINHO, “Os discursos...”, cit., p. 290 e 292-293.

<sup>478</sup> JOSÉ PUREZA, *O património...*, cit., p. 69 ss., aí incluindo a vida, integridade física e moral pessoal, garantias judiciais básicas. *Vd.* ainda LUÍS PEREIRA COUTINHO, “Os discursos...”, cit., p. 290, e ANA MARIA GUERRA MARTINS, *Direito Internacional dos Direitos Humanos*, Coimbra, Almedina, 2006, p. 141 ss., identificando como direitos intangíveis os direitos à vida, a não ser torturado e a não ser submetido a tratamentos desumanos ou degradantes, a não ser tomado como escravo ou como servo e à não retroatividade da lei penal – considerados atributos inalienáveis da pessoa humana, fundados em valores que se encontram, em princípio, em todos os patrimónios culturais e sistemas sociais. O Comité de Direitos Humanos alargou o elenco, aí incluindo o direito de todas as pessoas privadas de

Pode aludir-se, a propósito, a um “relativismo cultural moderado”, que aceita variações nas normas de direitos humanos mas visa revelar um núcleo central de direitos que são realmente universais, apresentando-se como alternativa ao relativismo cultural estrito e ao universalismo puro<sup>479</sup>.

Idêntica conclusão pode alcançar-se partindo de um relativismo cultural forte, como faz PATRÍCIA JERÓNIMO. Mesmo sustentando que “pelas evidentes marcas ocidentalistas que apresentam – na sua fundamentação e na sua tradução normativa – os direitos humanos não constituem matéria para uma ética mundial”, a autora escreve que tal não impõe prescindir da definição de valores e regras que sejam comuns a todos os homens, ou seja, de determinar um quadro de “referentes” que permita o diálogo e que, por sua vez, não sejam “tomados como absolutos pré-definidos” mas resultem, eles mesmos, de “genuíno acordo”, conseguido através de um diálogo pautado pelo reconhecimento e respeito mútuos<sup>480</sup>.

Ora, é ao direito positivo que cabe o papel de densificar esta ética mínima<sup>481</sup> resultante de acordos em que os participantes intervêm em condições de igualdade<sup>482</sup>, em busca do “lugar para o absoluto humano dentro das relatividades existentes” a que aludiu JEANNE HIRSCH<sup>483</sup>. Ora, como escreve SEN, se “servir de inspiração” a normas

---

liberdade a serem tratadas com humanidade e respeito e a proibição de incitamento ao ódio racial, religioso ou nacional (*Comentário Geral n.º 29 sobre estados de emergência* (art.4.º), 31/08/2001, §13).

<sup>479</sup> ABDUL KOROMA, “International law and multiculturalism”, in SIENHO YEE/JACQUES-YVAN MORIN (eds.), *Multiculturalism and international law*, Leiden, Nijhoff, 2009, p. 74 ss.

<sup>480</sup> PATRÍCIA JERÓNIMO, *Os Direitos...*, cit., p. 264.

<sup>481</sup> Sobre o conceito de ética mínima intransponível, MARTA REBELO, “A doutrina contemporânea e a pós-modernidade dos Direitos Fundamentais”, in *SI*, Tomo LIV, 2005, p.217 ss., p. 242.

<sup>482</sup> Assim, PATRÍCIA JERÓNIMO, *Os Direitos...*, cit., p. 264-265. Em sentido diferente, JOSÉ JUSTO MEGÍAS QUIRÓS, “Dignidad, Universalidad y Derechos Humanos”, in *AFD*, n.º XXII, 2005, p. 247 ss., aborda a questão da universalidade dos direitos humanos (reclamada pelas culturas ocidentais e recusada pelas demais culturas) distinguindo entre universalidade externa e universalidade intrínseca. Ou seja, distinguindo entre uma posição que, baseada exclusivamente no diálogo intercultural e na autonomia moral, visa alcançar uma universalidade externa, reduzida aos direitos humanos mais importantes, mas deixando à disposição de cada Estado ou região geográfica o reconhecimento e proteção dos demais direitos, e uma outra posição, que é a que segue, que entende que a partir do reconhecimento do fundamento ontológico da dignidade da pessoa é possível reivindicar a universalidade intrínseca de todos os direitos humanos para todos os seres humanos, ainda que haja uma modelação em atenção às circunstâncias históricas de cada lugar.

<sup>483</sup> *Apud* JORGE MIRANDA, *Manual...*, Tomo IV, cit., p. 67.

jurídicas é uma forma de aproveitar a “força ética dos direitos humanos”<sup>484</sup>, forçoso se torna reconhecer que nem todas os direitos e liberdades com relevância ética impõem a sua proteção através de normas jurídicas, podendo ser salvaguardados de outras formas complementares, pelo que “a robustez do argumento que vê numa particular pretensão um possível direito humano tem de ser apreciada à luz do escrutínio da argumentação pública”, no contexto de uma imparcialidade de tipo aberto<sup>485</sup>. Em especial, a tomada de consciência de que nem todas as questões são suscetíveis de ser resolvidas, ou completamente resolvidas, através do reconhecimento de direitos fundamentais (inadequação estrutural), recomenda, para CARTABIA, uma “abordagem moderada” aos direitos humanos, baseada no pressuposto de que fornecem instrumentos importantes para lidar com a injustiça e melhorar o nível de vida das pessoas, mas não permitem, *malgré tout*, atingir a justiça perfeita<sup>486</sup>, difícil de definir e porventura injusta (*fiat iustitia et pereat mundus*), cabendo-lhes porventura mais modestamente remediar as injustiças<sup>487</sup>, mantendo a justiça como horizonte.

A perspectiva que vê nos direitos humanos uma forma de responder às necessidades humanas básicas<sup>488</sup> ou de prosseguir o bem-estar material e espiritual da humanidade<sup>489</sup>, convida-nos a admitir a possibilidade de conceber formas diferentes e evolutivas de proteger o homem<sup>490</sup>, ao mesmo tempo que nos protege contra a tentação “imperialista” de procurar impor um modelo de direitos humanos de traçado ocidental e pré-formatado, esquecendo que o respeito pela dignidade do *outro* – e das

---

<sup>484</sup> AMARTYA SEN, *A ideia de justiça*, Coimbra, Almedina, 2010, p. 476 ss.

<sup>485</sup> *Idem*, cit., p. 482 e 483.

<sup>486</sup> MARTA CARTABIA, “The age...”, cit., p. 44.

<sup>487</sup> *Idem*, cit., p. 44-45 e ALAN DERSHOWITZ, “Rights...”, cit., p. 81 ss.

<sup>488</sup> ISABEL CABRITA, *Direitos...*, cit., p. 206.

<sup>489</sup> Assim, ONUMA YASUAKI, “A transcivilizational...”, cit., p. 342 ss., sustentando a necessidade de repensar as condições de legitimidade alargada dos direitos humanos – tal a base da sua perspectiva transcivilizacional.

<sup>490</sup> Esta é, também, a conclusão de PATRÍCIA JERÓNIMO, *Os Direitos...*, cit., p. 312 ss. CARIDAD VELARDE, *Universalismo de derechos humanos. Análisis a la luz del debate anglosajón*, Madrid, Thomson-Civitas, 2003, p. 125, sustenta que, se entendermos os direitos humanos de modo racionalista, como uma lista estática ou uma pretensão atemporal de solução para todos os problemas básicos do Direito, a sua supressão é urgente; se, ao invés, os entendermos como “vias contingentes de solução de conflitos” atuais, não há problema em mantê-los enquanto sirvam o objectivo que é a sua razão de ser: a procura de normas jurídicas positivas mais justas.

outras culturas, se em sentido lato lhes reconhecermos dignidade, e com as reservas que nos merecem concepções monolíticas de cultura – imporá certamente que se lhes reconheça a autonomia de repensarem as suas práticas culturais e de realizarem mudanças “a partir de dentro”<sup>491</sup>.

Graças ao reforço da proteção internacional das pessoas, já não podemos afirmar hoje que a perda da comunidade expulsa os homens da Humanidade<sup>492</sup>. Mas, em contrapartida, a pertença a uma comunidade não deveria, igualmente, conduzir a exclusão. Tal significa, crê-se, a necessidade de articular a universalização como horizonte de possibilidade com a realidade dos direitos fundamentais na história e na cultura. Tal não significa, por conseguinte, a adoção de uma posição relativista, mas um esforço na compatibilização entre o relativo e o universal que supõe a capacidade de articular o pluralismo em termos compreensivos.

Um sistema assim entendido convive, pois, e exige, âmbitos institucionais diferenciados de proteção, pelo que a “geometria variável” a que se aludiu se traduz também na coexistência de sistemas de âmbito universal e de sistemas de âmbito regional, bem como na especialização material ou sectorial dos sistemas de proteção<sup>493</sup>. Não prescinde, pois, de uma certa referência funcional, capaz de conceptualizar o papel operativo dos direitos humanos nos seus âmbitos mediato (estadual) e imediato (internacional) de proteção dos direitos dos indivíduos<sup>494</sup>.

---

<sup>491</sup> Neste sentido, no que diz respeito ao Islão, PATRÍCIA JERÓNIMO, *Os Direitos...*, cit., p. 312-313, cujas conclusões acompanhamos, e, por todos, a proposta de reinterpretação da Sharia “a partir de dentro” de ABDULLAHI AHMED AN-NA’IM, “Shari’a in the Secular State: A Paradox of Separation and Conflation”, in PERI BEARMAN/WOLFHART HEINRICHS/BERNARD G. WEISS (ed.), *The Law Applied: Contextualizing the Islamic Shari’a*, Londres e Nova Iorque, I.B. Tauris, 2008, p. 321ss.

<sup>492</sup> Evocamos aqui, novamente, as “perplexidades dos direitos do homem” a que aludia HANNAH ARENDT, *As origens...*, cit., p. 385 ss.

<sup>493</sup> JORGE MIRANDA, *Curso de Direito Internacional Público*, Principia, Cascais, 2012, p. 314.

<sup>494</sup> LUÍS PEREIRA COUTINHO, “Os discursos...”, cit., p. 296 ss.

### 3. A tríade direitos fundamentais, direitos humanos, direitos de personalidade

#### 3.1. Direitos fundamentais e direitos humanos

Posto isto, cumpre fazer algumas precisões, dada a utilização generalizada da expressão “direitos humanos” e a tendência que hoje se verifica para a expansão da expressão “direitos fundamentais” para além do domínio das constituições nacionais<sup>495</sup>. Na dimensão internacional, por sua vez, desde os seus alvares também *regional*, emerge hoje uma categoria de direitos fundamentais, a dos “direitos fundamentais federativos ou de clube”, na expressão de SUZANA TAVARES DA SILVA, expressão com a qual se autonomizam os direitos reconhecidos como fundamentais por comunidades de Estados unidos pela prossecução de políticas comuns, *maxime* os que resultam da CEDH e da CDFUE<sup>496</sup>. No que diz respeito ao sistema eurocomunitário, cedo ganhou curso a fórmula “direitos fundamentais”, visando com isso traduzir a sua natureza interna a um ordenamento jurídico autónomo e autovinculado ao respeito pelos direitos da pessoa e, assim, refletir o nível de integração alcançado e a constitucionalização material da União<sup>497</sup>, mas a fórmula

---

<sup>495</sup> MARIA LUÍSA DUARTE, *União Europeia e Direitos Fundamentais. No espaço da internormatividade*, Lisboa, AAFDL, 2006, p. 31. Usamos indistintamente direitos humanos e direitos do homem, ainda que a opção tenha implicações não apenas linguísticas (a expressão direitos humanos é de inspiração anglo-saxónica), mas também substanciais, e plúrimas. Assim, alguns autores atendem à proximidade dos conceitos com a pessoa humana, cf. Paulo OTERO, *Instituições Políticas e Constitucionais*, vol. I, Coimbra, Almedina, 2007, p. 526 ss. e, criticamente, JORGE MIRANDA, *Manual...*, Tomo IV, cit., p. 14-16. De uma perspetiva diferente, Ingo Sarlet propõe a distinção “de cunho predominantemente didático” entre “as expressões direitos do homem (no sentido de direitos naturais não, ou ainda não, positivados), direitos humanos (positivados na esfera do direito internacional) e direitos fundamentais (direitos reconhecidos ou outorgados e protegidos pelo direito constitucional interno de cada Estado)”, *vd.* INGO SARLET, *A Eficácia...*, cit., p. 34. Outros autores sublinham o carácter redutor da expressão “direitos do homem” – assim, ANA MARIA GUERRA MARTINS, *Direito Internacional...*, cit., p. 30-31, preferindo a expressão “direitos humanos”, pois o que está em causa são direitos das pessoas e, por conseguinte, também das mulheres e HENRI PALLARD prefere “direitos fundamentais” a “direitos do homem” pois acha que a primeira expressão é mais apta a “abrir os direitos à humanidade no seu conjunto – homens, mulheres e crianças – e dessa forma emancipá-los”, pois a linguagem “constitui, estrutura e determina a nossa realidade e permite aos “direitos fundamentais” superar uma tutela masculina muitas vezes invisível” – *vd.* “Universalité...”, cit., p. 115, n. 1. É ainda oportuno referir a recente Resolução da AR n.º 39/2013 (*Recomendação relativa à adoção por entidades públicas e privadas da expressão universalista para referenciar os direitos humanos*).

<sup>496</sup> SUZANA TAVARES DA SILVA, *Direitos...*, cit., p. 22.

<sup>497</sup> Sobre a questão, MARIA LUÍSA DUARTE, *União...*, cit., p. 31 ss. e ANABELA COSTA LEÃO, “A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia”, *in RFDUP*, Ano III, 2006, p. 41 ss.,

parece hoje generalizar-se ao ponto de abranger também os direitos consagrados sob a égide do Conselho da Europa.

Não obstante o reconhecimento de continuidades históricas, axiológicas e de sentido, bem como da inevitabilidade de diálogo entre mecanismos de proteção, *maxime* jurisdições, continua a fazer sentido a distinção, no plano estrutural e funcional, entre direitos humanos e direitos fundamentais *stricto sensu*<sup>498</sup> e, consequentemente, entre proteção internacional e proteção estadual dos direitos, com o que não fica posta em causa a consideração das questões relativas a direitos fundamentais como “questões constitucionais” em sentido amplo nem a convergência material e de regimes, a que vimos aludindo.

De um ponto de vista jurídico, ainda que não porventura de um ponto de vista axiológico ou na sua relação com as realidades sociais, direitos humanos e direitos fundamentais apresentam-se como figuras diferentes<sup>499</sup>. No que aos direitos humanos diz respeito, é habitual acentuar a sua dimensão moral, ainda que esta não exclua, ou não exclua necessariamente, a sua dimensão jurídica e positiva<sup>500</sup>, traduzida no direito internacional dos direitos humanos. É, igualmente, possível salientar a ausência de uma unidade política e cultural, ou uma comunidade política, de base<sup>501</sup>.

---

p. 41-42. Em sentido diverso, JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO, “Os direitos fundamentais na CRP de 1976: zonas de diferença no confronto com a Constituição federal brasileira de 1988”, ICJP, 2010, p. 9, <http://www.fd.ul.pt/LinkClick.aspx?fileticket=ksdzrMw1PRw%3D&tabid=332> [29/04/2013].

<sup>498</sup> Assim, e justificando, J. C. VIEIRA DE ANDRADE, *Os direitos...*, cit., p. 38. Sustentando a distinção entre direitos humanos e direitos fundamentais, JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO, *O discurso dos direitos*, Coimbra, Coimbra Editora/Wolters Kluwer, 2011, p. 179 ss. e p. 205 ss. e JORGE MIRANDA, *Manual...*, Tomo IV, cit., p. 13 ss., J. J. GOMES CANOTILHO/ VITAL MOREIRA, *Constituição...*, cit., p. 240-241, MICHEL ROSENFELD, *The identity...*, cit., p. 252 ss. Considerando que a dicotomia direitos do homem vs. direitos fundamentais deixou de fazer sentido no quadro europeu, “orientado por um desígnio de proteção – interna e internacional – de um rol de direitos de âmbito cada vez mais alargado”, MARIA LUÍSA DUARTE, “O Direito da União Europeia e o Direito Europeu dos Direitos do Homem – uma defesa do “triângulo judicial europeu”, in *Estudos em Homenagem ao Professor Marques Guedes*, Coimbra, Coimbra Editora, 2004, p. 735 ss., 735-736, em nota.

<sup>499</sup> Como nota JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO, *O discurso...*, cit., p. 205 ss.

<sup>500</sup> JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO, *O discurso...*, cit., p. 205 ss. Sobre a questão, Michael J. PERRY, “Human Rights as morality, Human Rights as Law”, Emory University School of Law, Public Law & Legal Theory Research Paper Series, Research Paper n.º 08-45, University of San Diego Law School, Legal Studies Research Paper Series No. 08-079, <http://papers.ssrn.com/abstract=1274728> [31/05/2013].

<sup>501</sup> JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO, *O discurso...*, cit., p. 208 ss.



Assim, sem prejuízo da continuidade e necessária articulação entre as dimensões filosóficas, internacionalistas e constitucionais dos direitos fundamentais em sentido amplo – sobreponíveis e não excludentes, como entre nós evidencia VIEIRA DE ANDRADE<sup>502</sup> – podemos recortar um sentido estrito de direitos fundamentais, referido à proteção conferida por uma constituição estadual - *in casu*, atendendo ao objeto deste estudo, a Constituição portuguesa<sup>503</sup>. Os direitos fundamentais designam assim posições jurídicas subjetivas constitucionalmente protegidas, por referência à constituição em sentido material ou em sentido formal (e, daí também, direitos fundamentais em sentido formal e material)<sup>504</sup>, tipicamente *individuais, universais e fundamentais*, no sentido apontado por VIEIRA DE ANDRADE<sup>505</sup>.

Os direitos fundamentais em sentido estrito não se diferenciam apenas pela sua previsão *formal* num texto constitucional ou pela sua recondução à constituição material, mas igualmente, e como devidamente salienta VIEIRA DE ANDRADE, porque podem traduzir, na sua formulação, respostas mais concretas e específicas a problemas reais, relativos a uma comunidade específica (porventura caracterizada por uma unidade política, cultural e social de base<sup>506</sup>) e assegurados por garantias de aplicação efectiva associadas à especial força jurídica dos preceitos constitucionais, bem como porque a sua consideração no contexto de um “sistema” de direitos fundamentais específico, com uma unidade de sentido própria, e de uma constituição concreta, se projeta necessariamente na sua compreensão e interpretação<sup>507</sup> - aí

---

<sup>502</sup> J. C. VIEIRA DE ANDRADE, *Os direitos...*, cit., p. 36. Sobre os direitos humanos como nova linguagem dos direitos naturais, ISABEL CABRITA, *Direitos...*, cit., p. 22 ss.

<sup>503</sup> Assim, utilizaremos a expressão direitos fundamentais em sentido amplo para designar as diferentes figuras a que aludimos e reservaremos a expressão “direitos fundamentais”, sem mais, para os direitos no contexto da proteção estadual referidos à constituição estadual, ainda que não apenas formal mas também material, de que nos ocuparemos sobretudo na Parte III.

<sup>504</sup> Assim, JORGE MIRANDA, *Manual...*, Tomo IV, cit., p. 9 define-os como “direitos ou posições jurídicas ativas das pessoas enquanto tais, individual ou institucionalmente consideradas, assentes na constituição, seja na constituição formal, seja na constituição material”. JORGE BACELAR GOUVEIA, *Manual...*, vol. II, cit., p. 1031, propõe a sua definição como “posições jurídicas activas das pessoas integradas no Estado-Sociedade, exercidas por contraposição ao Estado-Poder, positivadas no texto constitucional”.

<sup>505</sup> E, por conseguinte, com as variações aí admitidas, *vd.* J. C. VIEIRA DE ANDRADE, *Os direitos...*, cit., p. 111 ss.

<sup>506</sup> JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO, *O discurso...*, cit., p. 208-211.

<sup>507</sup> J. C. VIEIRA DE ANDRADE, *Os direitos...*, cit., p. 38 e JORGE MIRANDA, *Manual...*, Tomo IV, cit., p. 65. Tal nos demonstra, igualmente, a teoria da interpretação constitucional como

incluídas as específicas ponderações entre direitos e interesses constitucionalmente protegidos em situações de conflito e de colisão<sup>508</sup>. Por maior que se apresente a semelhança entre enunciados linguísticos, a interpretação da qual resulta a norma abre-se a dimensões reais, axiológicas e culturais que têm de ser compreendidas em concreto, por referência àquele sistema de direitos fundamentais<sup>509</sup> – sem prejuízo da convergência cosmopolita resultante de diálogos jusfundamentais alargados, em todo o caso constitucionalmente configurados.

### 3.2. Direitos fundamentais e direitos de personalidade

Uma mesma linha de continuidade ou de sobreposição *material*, ainda que mitigada, aproxima os direitos fundamentais dos direitos de personalidade, existindo direitos de personalidade e direitos fundamentais que partilham idêntico objeto, *id est*, bens da personalidade<sup>510</sup>. A essencialidade dos bens protegidos e do princípio do respeito pela personalidade como “fundamento primordial do Direito”<sup>511</sup> justifica a sua tutela jurídica densa – e que não é apenas, de resto, para além de civil,

---

“metódica estruturante”, ao distinguir ‘preceito’ ou ‘enunciado linguístico’ de ‘norma’ resultante da interpretação e, na norma constitucional, ‘programa normativo’ de ‘conteúdo normativo’. Sobre estes conceitos, entre nós, J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional...*, cit., p. 1249 ss., CRISTINA QUEIROZ, *Direitos Fundamentais...*, cit., p. 219 ss. e 247 ss. e JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO, “Como ler a Constituição. Algumas coordenadas”, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Paulo de Pitta e Cunha*, vol. III, Coimbra, Almedina, 2010, p. 503 ss., p. 504 ss.

<sup>508</sup> *Inter alia*, discutindo a questão na relação entre a jurisprudência constitucional italiana e a jurisprudência de Estrasburgo, VICENZO BALDINI, “Tutela...”, cit., p. 6 ss.

<sup>509</sup> O acerto da observação de SMEND, que terá afirmado que “quando as leis fundamentais dizem o mesmo, tal não significa que seja o mesmo”, aponta, como nota PETER HÄBERLE, *Teoria...*, cit., p.45, para a vinculação dos critérios hermenêuticos ao contexto material, pelo que “o mesmo texto encerra conteúdo diferente em cada uma das culturas em que aparece, tanto em função do tempo como do espaço” - o que, de resto, é comum aos diversos sistemas de proteção dos direitos fundamentais em sentido amplo, e se traduz na adoção de mecanismos e formas de interpretação e adjudicação específicos, como sejam a interpretação funcionalizada no contexto da UE e o recurso à margem de apreciação pelo TEDH. Salientando a questão, JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO, *O discurso...*, cit., p. 219-220.

<sup>510</sup> Aludindo a uma dupla convergência entre categorias, RABINDRANATH CAPELO DE SOUSA, *O direito geral de personalidade*, Coimbra, Coimbra Editora, 1995, p. 585-586. Discutindo precisamente a continuidade entre categorias, PAULO FERREIRA DA CUNHA, *Constituição viva. Cidadania e Direitos humanos*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2007, p. 112 ss.

<sup>511</sup> MIGUEL PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, Coimbra, Almedina, 2012, p. 41.

constitucional<sup>512</sup>, antes se alargando a outros ramos do direito, aí avultando a tutela penal, e ao direito internacional e eurocomunitário<sup>513</sup>.

Se da “preordenação de todo o ordenamento jurídico-constitucional ao respeito e desenvolvimento da dignidade da pessoa humana”<sup>514</sup> se antecipa já a proteção constitucional ampla da personalidade, ela sai comprovada pela profusa garantia de direitos de personalidade no texto constitucional<sup>515</sup>, a que acresce a abertura propiciada pelo n.º 1 do art. 16.<sup>516</sup> - ainda que a sobreposição seja parcial, uma vez que há direitos fundamentais que não são direitos de personalidade, e dimensões destes não dotadas de fundamentalidade (material)<sup>517</sup>.

O reconhecimento da relevância constitucional da personalidade, superada a perspetiva que encara direito constitucional e direito privado como “mundos paralelos”<sup>518</sup>, não obsta ao reconhecimento da autonomia conceitual das categorias referidas<sup>519</sup>, atendendo ao seu sentido, projeção e perspetiva e aos âmbitos distintos em que se inserem, aos quais estão associados específicos meios de tutela. Assim, a doutrina nota que o domínio de eleição dos direitos fundamentais é o das relações de

---

<sup>512</sup> Sobre esta, RABINDRANATH CAPELO DE SOUSA, *O direito...*, cit., p. 96 ss. e 581 ss.

<sup>513</sup> RABINDRANATH CAPELO DE SOUSA, *O direito...*, cit., p.99 ss., 178 ss. e 504 ss., MIGUEL PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria Geral...*, cit., p. 42, JORGE BACELAR GOUVEIA, *Manual...*, Tomo II, cit., p. 1025.

<sup>514</sup> RABINDRANATH CAPELO DE SOUSA, *O direito...*, cit., p. 581.

<sup>515</sup> Entre os quais, tendo em conta o objeto deste trabalho, o direito ao desenvolvimento da personalidade (art. 26.º da CRP e art. 70.º do CC) e a liberdade de consciência, religião e culto (art. 41.º). Um elenco pode encontrar-se em JORGE MIRANDA, *Manual...*, Tomo IV, cit., p. 76 e em RABINDRANATH CAPELO DE SOUSA, *O direito...*, cit., p. 97 ss. e 581 ss., este último salientando o reforço face à Constituição de 1933. *Vd. ainda* J. J. GOMES CANOTILHO, “A liberdade religiosa entre o jus-positivismo constitucional e a judicialização dos conflitos religiosos”, in *Nos 20 anos do Código das Sociedades Comerciais, Homenagem aos Profs. Doutores A. Ferrer Correia, Orlando de Carvalho e Vasco Lobo Xavier*, Vol. II, Coimbra, Coimbra Editora, 2007, p. 779 ss.

<sup>516</sup> RABINDRANATH CAPELO DE SOUSA, *O direito...*, cit., p. 583-584.

<sup>517</sup> *Idem*, cit., p. 584-585.

<sup>518</sup> Sobre a questão, reconhecendo certa “tendência colonizadora do direito constitucional” e propondo “tomar a sério um modelo emergente de reflexividade constitucional, marcado pelas notas da circularidade, da hierarquia, da complementaridade e da humildade constitucional”, JOÃO LOUREIRO, “Depois das cegonhas: pais, escolas e educação sexual”, in *Família, Consciência, Secularismo e Religião*, Coimbra, Wolters Kluwer Portugal/Coimbra Editora, 2010, p. 38 ss., p. 40-41.

<sup>519</sup> Assim, JORGE MIRANDA, *Manual...*, Tomo IV, cit., p. 73 ss., RABINDRANATH CAPELO DE SOUSA, *O direito...*, cit., p. 584 ss., J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito constitucional...*, cit., p. 396, JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO, *Direitos...*, cit., p. 32-33 e JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, “Pessoa...”, cit.

poder, assumindo uma incidência publicista imediata – distinção, em todo o caso, atenuada pelo reconhecimento de eficácia horizontal aos direitos fundamentais (nos termos do n.º 1 do art. 18.º), e nos termos em que esta se reconheça<sup>520</sup>.

#### **4. Direitos fundamentais entre ordens jurídicas**

##### **4.1. Ainda os desafios aos direitos fundamentais: multifuncionalidade na “arena global”**

Aludiu-se *supra* aos conceitos de multifuncionalidade e de multidimensionalidade dos direitos fundamentais<sup>521</sup>, que remetem para a necessidade de uma compreensão constitucionalmente adequada dos direitos fundamentais, por referência a uma constituição concreta. Trata-se de substituir a questão de saber qual a *melhor teoria* para explicar o sistema de direitos fundamentais constitucionalmente consagrado pela de perceber, à face de uma *dada* constituição, como se concretizam as diferentes dimensões e funções a que as diferentes teorias vêm aludindo<sup>522</sup>. E, por conseguinte, não se trata – bem ao invés - de aderir a uma perspectiva *funcionalizadora* dos direitos fundamentais.

A multifuncionalidade reflete igualmente a “evolução” a que se aludiu *supra* e, por conseguinte, abre-se à atualização e recompreensão das funções aos direitos fundamentais<sup>523</sup>. Assim, perante a complexificação e fragmentação da sociedade, TEUBNER põe em evidência que a dicotomia indivíduo/comunidade é redutora e não traduz a atual complexidade do real, bem como que as ameaças ao indivíduo provêm não apenas da política, do estado ou do poder institucionalizado, mas de todos os

---

<sup>520</sup> Sobre a questão, JORGE MIRANDA, *Manual...*, Tomo IV, cit., p. 69 ss., BENEDITA MACCRORIE, *A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais*, Coimbra, Almedina, 2005 e JORGE REIS NOVAIS, “Os direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares”, in *Direitos fundamentais. Trunfos contra as maiorias*, Coimbra, Coimbra Editora, 2006, p. 69 ss.

<sup>521</sup> J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito constitucional...*, cit., p. 1402 ss. e ANTÓNIO-ENRIQUE PÉREZ LUÑO, *Derechos humanos, Estado de derechos y Constitución*, 8.ª ed., Madrid, Tecnos, 2003, p. 303 ss.

<sup>522</sup> *Idem*, cit., p. 1403 e GREGÓRIO PECES-BARBA MARTÍNEZ, *Curso...*, cit., p. 413 ss.

<sup>523</sup> J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito constitucional...*, cit., p. 407 ss., inclui, a par da tradicional função de defesa, as funções de prestação social, de proteção perante terceiros e de não discriminação.

meios sociais comunicativos autónomos em expansão (como a ciência, o direito e as ciências sociais), *id est*, da “matriz indiferenciada”, anónima e não personificada como entidade coletiva. Mais que direitos subjetivos, os direitos fundamentais são “contra-instituições jurídicas e sociais perante as tendências expansionistas dos sistemas sociais”, desempenhando uma função de inclusão e não discriminação no acesso a áreas sociais, por um lado, e uma função de demarcação e de autonomia de certas áreas sociais face à vocação colonizadora da esfera política mas, igualmente e mais amplamente, face à vocação expansiva das instituições sociais<sup>524</sup>.

Tendo agora em vista “os direitos fundamentais na arena global”, o sistema multinível de direitos fundamentais<sup>525</sup> traz, segundo DUBOUT e TOUZÉ, o desafio de pensar as “condições racionais de comunicabilidade” entre os direitos internacionais, regionais e nacionais<sup>526</sup>. A multiplicação de situações e decisões nas quais a proteção dos direitos fundamentais constitui o “centro nevrálgico” das relações entre “conjuntos institucionais e/ou normativos” distintos<sup>527</sup> faz avultar uma nova função dos direitos fundamentais, a de “condição de comunicabilidade” entre ordens e sistemas jurídicos<sup>528</sup>, possibilitadora da emergência de um direito global<sup>529</sup> ou cosmopolita, em resultado da confluência de razões exógenas ou contextuais, como sejam necessidades de segurança jurídica ou de reforço de legitimidade dos juízes, e endógenas, relacionadas com a própria natureza, simultaneamente fundadora e universalista, das normas de direitos fundamentais<sup>530</sup>.

---

<sup>524</sup> GUNTHER TEUBNER, “Transnational...”, cit.

<sup>525</sup> JÓNATAS MACHADO/ J.J.GOMES CANOTILHO, “Metódica...”, cit., p. 258.

<sup>526</sup> EDOUARD DUBOUT/SÉBASTIEN TOUZÉ, “La fonction des droits fondamentaux dans les rapports entre ordres et systèmes juridiques”, in Edouard Dubout/Sébastien Touzé (dir.), *Les droits fondamentaux: charnières entre ordres et systèmes juridiques*, Paris, Pedone, 2010, p. 11ss., p. 11.

<sup>527</sup> *Idem*, cit., p. 13.

<sup>528</sup> Entendendo-se, *in casu*, “ordem jurídica” como conjunto normativo estruturado e “sistema jurídico” como conjunto institucional, compreendendo ele mesmo um ou mais conjuntos normativos estruturados, segundo EDOUARD DUBOUT/SÉBASTIEN TOUZÉ, “La fonction...”, cit., p. 13-14. Para MIGUEL MADURO, “Constitutional...”, cit., p. 453, “ordem jurídica” designa um fenómeno simbólico-normativo e “sistema jurídico” as práticas jurídicas nas quais a ordem jurídica é produzida e reproduzida (criação de direito, aplicação e doutrina jurídica) – neste sentido, as ordens jurídicas da UE e dos Estados podem ser concebidas como autónomas mas parte de um sistema jurídico europeu.

<sup>529</sup> EDOUARD DUBOUT/SÉBASTIEN TOUZÉ, “La fonction...”, cit., p. 13.

<sup>530</sup> *Idem*, cit., p. 17 ss.

Com efeito, o movimento dos direitos para além do Estado e das suas constituições a que vimos aludindo pode ser visto como um “alargamento cosmopolita” dos direitos fundamentais em direção a uma tutela dos direitos das pessoas fundada na dignidade da pessoa humana concebida como não conhecendo vínculos de ordem nacional nem fronteiras impostas pela vontade dos homens – isto é, rumo à tutela dos direitos do homem que nada mais é, ou nada mais tem que ser, que um homem<sup>531</sup>.

Com efeito, na “arena global”, o recurso aos direitos fundamentais permite assentar a ordem jurídica em valores (dimensão fundamentadora<sup>532</sup>) que favorecem a integração sem, todavia, prescindir do pluralismo, algo que pode ser representado, de acordo com a metáfora proposta por DUBOUT e TOUZÉ, pela imagem dos direitos fundamentais como “dobradiças” (“fixação articulada”) entre sistemas e ordens jurídicas, exercendo simultaneamente uma “função estática” de ligação e relação e uma “função dinâmica” de articulação e movimento. Aplicada à problemática da relação entre sistemas, a qualificação dos direitos fundamentais como dobradiças implica que eles sejam, não apenas um “meio de conexão” entre espaços normativos, permitindo a ligação entre sistemas e ordens jurídicas, mas também um “meio de regulação” dos fluxos normativos, na medida em que condicionam o grau de abertura de um sistema ou ordem jurídicos. Em suma, surgem simultaneamente como vetores de uma comunicação crescente e fatores de articulação variável entre ordens e sistemas jurídicos<sup>533</sup>.

Trata-se de aludir novamente à fundamentalidade material das normas de direitos fundamentais<sup>534</sup>, assumindo a existência de um “fundo comum” ou “linguagem comum”, no que diz respeito aos “equilíbrios” ou “valores” essenciais, à generalidade das ordens e sistemas jurídicos democráticos, que, não obstante, reconhece diferentes configurações nos diferentes sistemas, permitindo a cada um

---

<sup>531</sup> Evocamos aqui novamente HANNAH ARENDT, *As origens...*, cit., p. 385 ss.

<sup>532</sup> Sobre o papel dos direitos fundamentais na discussão sobre a constitucionalização da UE, com as reivindicações de autonomia e de soberania da ordem jurídica europeia a formularem-se na linguagem dos direitos fundamentais, *vd.* CORMAC MAC AMHLAIGH, “The European...”, cit., p. 40 ss.

<sup>533</sup> EDOUARD DUBOUT/SÉBASTIEN TOUZÉ, “La fonction...”, cit., p. 16 e 17 ss.

<sup>534</sup> Sobre a fundamentalidade material e formal, ROBERT ALEXANDER, *Teoría...*, cit., p. 505-506 e J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito constitucional...*, cit., p. 377 ss.

assumir uma identidade própria<sup>535</sup>. Retornando aos diferentes usos da expressão identidade, podemos afirmar que, para além de uma convergência para uma identidade comum assente nos direitos fundamentais, estes se assumem também, na sua dimensão objetiva, como elementos da “identidade constitucional” de um dado Estado ou de uma dada “comunidade”<sup>536</sup>, o que, por sua vez, transforma a articulação entre ordens jurídicas numa procura de equilíbrios identitários mediados por normas de direitos fundamentais<sup>537</sup>. Ressurge, por conseguinte, a dimensão de defesa e de autonomia dos direitos fundamentais, desta feita enquanto garantia de inviolabilidade de um determinado nível de proteção jusfundamental.

Ou seja, ao mesmo tempo que os direitos fundamentais se assumem como veículos para um aprofundamento dos consensos, essa mesma vocação parece frustrada pela necessidade de compatibilização com a sua *dimensão particular*, que avulta precisamente nas críticas dirigidas ao princípio da subsidiariedade, à interpretação pluralista e ao mecanismo da margem de apreciação. Tal remete-nos para a dimensão *dinâmica* da chamada “proteção multinível”.

#### 4.2. Diálogos interjusfundamentais e interculturais

A proteção dos direitos fundamentais faz-se hoje em diferentes níveis normativos e institucionais, e não apenas no das constituições nacionais<sup>538</sup>, colocando, por conseguinte, questões de interjusfundamentalidade<sup>539</sup> ou, no sentido mais amplo proposto por MARCELO NEVES, “problemas transconstitucionais”<sup>540</sup>.

---

<sup>535</sup> EDOUARD DUBOUT/SÉBASTIEN TOUZÉ, “La fonction...”, cit., p. 20-21.

<sup>536</sup> Tal como recentemente simbolizado em *Kadi*, Proc. C-402/05 P e C-415/05 P, de 3/09/2008. Sobre o papel dos direitos fundamentais na discussão sobre a constitucionalização da UE, com as reivindicações de autonomia e de soberania da ordem jurídica europeia a formularem-se na linguagem dos direitos fundamentais, *vd.* CORMAC MAC AMLAIGH, “The European...”, cit., p. 40 ss.

<sup>537</sup> EDOUARD DUBOUT/SÉBASTIEN TOUZÉ, “La fonction...”, cit., p. 21.

<sup>538</sup> MARTA CARTABIA, “Diritti...”, cit., p. 34 e n. 3.

<sup>539</sup> JÓNATAS MACHADO/ J.J.GOMES CANOTILHO, “Metódica...”, cit., p. 258.

<sup>540</sup> MARCELO NEVES, *Transconstitucionalismo*, cit., p. XXII. O transconstitucionalismo aponta para o “desenvolvimento de problemas jurídicos que perpassam os diversos tipos de ordens jurídicas” – assim, um problema transconstitucional “implica uma questão que poderá envolver tribunais estatais, internacionais, supranacionais e transnacionais (arbitrais), assim como instituições jurídicas locais nativas, na busca de sua solução”.

A este propósito, crê-se necessário distinguir, de entre as questões relativas a direitos fundamentais, aquelas cuja resolução impõe a articulação entre diferentes níveis normativos – ou seja, questões de direitos fundamentais que são realmente plurilocalizadas, avultando aí a questão da determinação prévia do(s) direito(s) aplicável(eis) - daquelas em que o recurso a outros padrões normativos ocorre por via de um “alargamento de razões”, entre os quais diálogos mediados pelo recurso ao direito constitucional comparado<sup>541</sup>, porventura desejável mas, em todo o caso, não necessário e/ou vinculativo. Em ambos os casos, os direitos fundamentais *lato sensu* são pretexto para *diálogos*, nomeadamente jurisdicionais (“judicial dialogue”)<sup>542</sup>.

Dada a sua “função de articulação variável” entre conjuntos normativos, a que se aludiu supra, os direitos fundamentais têm servido a causa da defesa da autonomia das ordens jurídicas nacionais perante ordens externas<sup>543</sup> - permitindo medir, em função do grau de abertura, o grau de autonomia das diferentes ordens jurídicas, seja através de uma “descompartimentação finalista” seja de uma “compartimentação identitária”<sup>544</sup> - mas têm igualmente permitido um “cruzamento transcendentalista entre ordens jurídicas”<sup>545</sup>.

---

<sup>541</sup> Entre nós, SUZANA TAVARES DA SILVA, *Direitos...*, cit., p. 59 ss., CATARINA SANTOS BOTELHO, “*Lost in translations* – a crescente importância do Direito Constitucional Comparado”, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida*, vol. I, Coimbra, Almedina/FDUNL, 2011, p. 49 ss., FERNANDO JOSÉ BRONZE, “O direito, a internacionalização e a comparação de sistemas jurídicos (ou a pessoalização como tarefa realizanda, a universalização como objectivo utópico e a relativização como coordenada metódica)”, in *Nos 20 anos do Código das Sociedades Comerciais, Homenagem aos Profs. Doutores A. Ferrer Correia, Orlando de Carvalho e Vasco Lobo Xavier*, vol. II, Coimbra, Coimbra Editora, 2007, p. 637 ss.

<sup>542</sup> Sobre esta questão, entre nós, SUZANA TAVARES DA SILVA, *Direitos...*, cit., p. 59 ss.

<sup>543</sup> Em vários arestos de tribunais constitucionais europeus, a referência aos direitos fundamentais – *rectius*, à proteção dos direitos fundamentais - surge entre os limites à integração, no contexto de uma jurisprudência disposta a aceitar de forma condicionada a supremacia do Direito da UE. Paradigmaticamente (jurisprudência *So lange*) o *BVerfG* recusou-se a aceitar a supremacia do direito comunitário sobre o direito alemão enquanto (“so lange”) este não concedesse aos direitos fundamentais uma proteção equivalente à concedida pelo sistema alemão, nomeadamente pelos direitos e liberdades previstos na *GG*, proteção essa que, no caso *Banana* (*BVerfGE* 2 BvL 1/97, 7/06/2000) considerou ter já atingido um nível aceitável. O *BVerfG* exigiu que a ordem jurídica europeia cumprisse uma *função de proteção* dos direitos fundamentais, *vd.* RAINER ARNOLD, “Germany...”, cit., p. 244 ss. Mas é também exemplo o Acórdão Kadi, cit., precisamente invocando os direitos fundamentais e a necessidade de salvaguardar valores identitários da União de Direito.

<sup>544</sup> Sobre a questão, EDOUARD DUBOUT/SÉBASTIEN TOUZÉ, “La fonction...”, cit., p. 32 ss.

<sup>545</sup> *Idem*, cit., p. 34.



É neste domínio, designadamente, que certas constituições nacionais se abrem ao direito internacional ou mesmo aos direitos nacionais estrangeiros<sup>546</sup>, e que certos tribunais recorrem, nas suas decisões, a ordenamentos jurídicos “estranhos”, estaduais ou não estaduais (v.g. CEDH)<sup>547</sup>. Trata-se, segundo alguns autores, de uma nova forma de pensar o Direito, que encontra para além do “nacionalismo metodológico” a que alude BECK<sup>548</sup> ou do “provincianismo constitucional”. Nesse sentido, o direito comparado, entendido como diálogo com o outro conducente a um “alargamento de razões”, e não “estéril justaposição sem encontro”<sup>549</sup>, pode favorecer o exame crítico das tradições e permitir distinguir “as respostas relacionadas e condicionadas pelo contexto das que podem ser generalizadas porque contribuem para florescimento da dignidade humana”<sup>550</sup>. Cabe aqui invocar a advertência de SUZANA TAVARES DA SILVA no sentido de que o recurso ao direito constitucional comparado deverá orientar-se no sentido de um “aprofundamento das soluções de inclusividade no contexto intercultural, até onde essa inclusividade se revelar possível, ou seja, até onde não redunde em uma neutralização do elemento cultural que dá substância material ao projeto social concreto que aquele órgão judicial tem como missão garantir”<sup>551</sup>.

---

<sup>546</sup> Solução de “cosmopolitismo máximo” é, a este nível, a da al. c) do n.º 1 do art. 39.º da Constituição da República da África do Sul, nos termos do qual “*When interpreting the Bill of Rights, a court, tribunal or forum (a) must promote the values that underlie an open and democratic society based on human dignity, equality and freedom; (b) must consider international law; and (c) may consider foreign law*” - <http://www.info.gov.za/documents/constitution/index.htm> [4/06/2013].

<sup>547</sup> Veja-se e.g. a invocação da jurisprudência do TEDH no *Supreme Court* norteamericano (voto do juiz A. Kennedy no caso *Lawrence et al. V. Texas*, 539 U. S. 558 (2003) p. 576) e, entre nós, *inter alia*, o Ac. do TC n.º 101/2009, cit., 5.a), no qual se justifica o recurso ao direito comparado, não como parâmetro de constitucionalidade, mas pelo interesse em indagar, em matérias que ligam a “problemas humanos universais”, “o que sucede no âmbito de outras experiências jurídicas e (sem perda do sentido de autonomia de cada sistema jurídico) tirar daí porventura conclusões, em especial quando seja possível induzir princípios jurídicos comuns de tais experiências”.

<sup>548</sup> EDOUARD DUBOUT/SÉBASTIEN TOUZÉ, “La fonction...”, cit., p. 12 e, entre nós, ANTÓNIO HENRIQUES GASPAR, “A influência da CEDH no diálogo interjurisdicional”, in *Julgar*, n.º 7, 2009, p. 33 ss., p. 35 ss.

<sup>549</sup> MARTA CARTABIA, “Diritti...”, cit., p. 43. Parece-nos oportuno aqui remeter para a distinção entre direito comparado e direito estrangeiro que efectuámos na Introdução, pese embora a distinção não traduzir adequadamente o recurso ao direito internacional e europeu.

<sup>550</sup> *Idem*, cit., p. 45-46.

<sup>551</sup> SUZANA TAVARES DA SILVA, *Direitos...*, cit., p. 61. Em sentido semelhante, MARTA CARTABIA, “Diritti...”, cit., p. 43 ss.

Mas as “questões de direitos fundamentais” podem exigir a efetiva aplicação de diferentes níveis normativos e diferentes instâncias de aplicação (regionais ou internacionais), traduzindo-se em diálogos jurisprudenciais complexos (e.g., os que ocorrem no “triângulo judicial europeu”, para recorrer à expressão cunhada por MARIA LUÍSA DUARTE). Ao intérprete-aplicador cabe determinar se uma “questão de direitos fundamentais” envolve um ou mais níveis jurídicos de proteção de direitos fundamentais<sup>552</sup> e como se articulam aqueles entre si, para o que será necessário levar em conta a estrutura de cada um dos ordenamentos e seus princípios característicos<sup>553</sup> para, de seguida, desenvolver uma “metódica de imbricação de catálogos”<sup>554</sup> à qual subjaz, na linha que vimos sustentando, uma opção de fundo de tipo pluralista. À dimensão substancial acresce a dimensão institucional, na medida em que o diálogo a que se vem aludindo há-de concretizar processualmente<sup>555</sup>.

Pensando apenas nos sistemas de proteção europeus, a proteção conferida aos direitos fundamentais implica levar em conta, quer dimensões substantivas, quer dimensões de tutela, *maxime* judicial. O “bloco de fundamentalidade” inclui, por conseguinte, diferentes ordens normativas e apela a vários “poderes de decisão aplicativa”, entre os quais intercedem complexas relações de concorrência, convergência, justaposição e conflito<sup>556</sup>. Não nos ocuparemos aqui das complexas relações entre os diferentes catálogos e entre os tribunais do “triângulo judicial europeu”<sup>557</sup> - objeto de grande atenção, suscetível de se ampliar tendo em vista a adesão, que se perspetiva a curto prazo, da UE à CEDH<sup>558</sup> – senão para notar alguns aspectos, especialmente relevantes tendo em conta o objeto desta investigação.

---

<sup>552</sup> SUZANA TAVARES DA SILVA, *Direitos...*, cit., p. 32 e, em especial, MARIANA CANOTILHO, *O princípio...*, cit., p. 187 ss., ilustrando a pluralidade de situações (concorrência, conflito) relativas a direitos fundamentais em conexão com diferentes ordenamentos para ilustrar a função de norma de conflitos do art. 53.º da CDFUE. Temos em mente, sobretudo, que enquanto a vocação do direito da CEDH é aplicar-se ao ordenamento jurídico estadual sem aceção prévia de matérias, o sistema de direitos fundamentais da UE, *maxime* a CDFUE, têm por âmbito o da aplicação do direito da União (art. 51.º/1 da CDFUE), não pretendendo a Carta ampliar o âmbito das competências da União (art. 52.º/2 da CDFUE e art. 6.º/2 TUE).

<sup>553</sup> *Idem*, cit., p. 23 ss.

<sup>554</sup> *Idem*, cit., p. 23.

<sup>555</sup> Sobre a questão, MARIA LUÍSA DUARTE, “União...”, cit.

<sup>556</sup> MARIA LUÍSA DUARTE, “União...”, cit., p. 293, citando J. J. GOMES CANOTILHO.

<sup>557</sup> Remetemos, para o efeito, para a bibliografia que vimos, *pari passu*, indicando.

<sup>558</sup> MARIA LUÍSA DUARTE, “União...”, cit.

Como dizíamos *supra*, aderindo à proposta de DUBOUT e TOUZÉ, os direitos fundamentais assumem uma função de comunicação entre ordens e sistemas de proteção dos direitos e por conseguinte, também na sua proteção se projetam as tensões entre unidade e diversidade, ou as exigências de pluralismo e de interculturalidade a que vimos aludindo. A solução para os diálogos complexos a propósito de direitos fundamentais terá de partir da realidade - de pluralismo cultural e normativo – que subjaz, reitera-se, à aplicação multinível de direitos fundamentais. Pensando especificamente na Europa, e tomando a expressão em sentido descritivo, também ela é *multicultural*, no sentido em que a sua identidade se compõe e se articula em torno de várias culturas.

Citando ROSENFELD, “se o movimento de direitos humanos é plural na sua concepção, também o é no seu desenvolvimento, e isso porque tem de operar num universo juridicamente plural”<sup>559</sup>. Da realidade de pluralismo normativo que a “arena global” dos direitos fundamentais nos oferece podemos retirar, com proveito, uma taxonomia de instrumentos de “gestão da hibridez”, os quais assumem configurações diferentes nos diferentes sistemas de proteção<sup>560</sup>. Avultam aí o princípio da subsidiariedade, o princípio da margem da apreciação e, em articulação com estes, o princípio do respeito pela identidade cultural e constitucional dos estados<sup>561</sup>. Avulta igualmente, porventura em tensão com aqueles, a afirmação de um princípio emergente de aplicação do nível mais elevado de proteção<sup>562</sup>, com tendência a generalizar-se - com todas as dificuldades, é certo, que comporta<sup>563</sup>.

---

<sup>559</sup> MICHEL ROSENFELD, *The identity...*, cit., p. 263.

<sup>560</sup> PAUL SCHIFF BERMAN, “Global...”, cit., p. 1196 ss.

<sup>561</sup> Quanto a estes, remetemos para o que se escreveu *supra*.

<sup>562</sup> Afirmando que se trata de um princípio geral do direito internacional dos direitos do homem, JORGE BACELAR GOUVEIA, *Manual de Direito Internacional Público*, 3.<sup>a</sup> ed., Coimbra, Almedina, 2008, p. 609.

<sup>563</sup> SUZANA TAVARES DA SILVA, *Direitos...*, cit., p. 25 ss., CATHERINE VAN DE HEYNING, “No place...”, cit., LEONARD L. M. BESSELINK, “The Protection of Fundamental Rights Post-Lisbon: The Interaction between the Charter of Fundamental Rights of the European Union, the European Convention on Human Rights (ECHR) and National Constitutions”, XXV Congresso FIDE, 2012, p. 46 ss., [http://www.fide2012.eu/index.php?doc\\_id=94](http://www.fide2012.eu/index.php?doc_id=94) [08/06/2013] e, em especial sobre a consagração do princípio do nível mais elevado de proteção no art. 53.º da CDFUE, MARIANA CANOTILHO, *O princípio...*, cit., *passim*, em especial p. 175 ss.

O princípio da subsidiariedade, subjacente à protecção dos direitos humanos<sup>564</sup>, pode ser fundamentado a partir de uma base personalística, assentando na dignidade e no valor intrínseco de cada ser humano e, por conseguinte, na concepção de que o valor de cada pessoa individual precede moral e ontologicamente o Estado ou outro grupo social, pelo que todas as demais formas sociais, da família à ordem internacional, estão, em última análise, ao serviço da dignidade humana e do desenvolvimento da pessoa<sup>565</sup>. Com concretizações diferenciadas na UE e na CEDH<sup>566</sup>, a subsidiariedade, sobretudo quando entendida como princípio geral mais que como regra técnica – *id est*, como “princípio estrutural” da protecção dos direitos fundamentais na arena global - funciona como “mediador retórico entre harmonização supranacional e unidade, por um lado, e pluralismo local e diferença, por outro”<sup>567</sup>. Por outro lado, reforça a responsabilidade dos Estados pela protecção dos direitos no seu território, v.g., pela implementação dos direitos estabelecidos na Convenção (art. 1.º CEDH).

No contexto específico do sistema de protecção de Estrasburgo, a margem de apreciação<sup>568</sup> pode ser ainda vista como *expressão* do princípio da subsidiariedade - não obstante, este tem um carácter estrutural geral ao passo que a margem de

---

<sup>564</sup> Sobre o princípio da subsidiariedade e direitos humanos, veja-se PAOLO G. CAROZZA, “Subsidiarity as a Structural Principle of International Human Rights Law”, in *AJIL*, vol. 97, 2003, p. 38 ss.

<sup>565</sup> PAOLO G. CAROZZA, “Subsidiarity...”, cit., p. 42.

<sup>566</sup> Sobre a questão, *idem*, cit., p. 51. O autor, ob. cit., p. 53 ss., invoca a CDFUE como exemplo de como a subsidiariedade e os direitos fundamentais interagem na mútua preocupação de conciliar “diversidade” e “unidade”, funcionando também aí como “*rhetorical mediator between the universal and the particular, integration and differentiation, harmonization and diversity*”.

<sup>567</sup> PAOLO G. CAROZZA, “Subsidiarity...”, cit., p. 40.

<sup>568</sup> Sobre a doutrina da margem de apreciação, remetemos para ONDER BAKIRCIOGLU, “The Application of the Margin of Appreciation Doctrine in Freedom of Expression and Public Morality Cases”, in *GLJ*, vol. 8, n.º 7, 2007, p. 711 ss. Entre nós, CATARINA SANTOS BOTELHO, *A tutela direta dos direitos fundamentais*, Coimbra, Almedina, 2010, p. 329 ss. e “*Quo Vadis “doutrina da margem nacional de apreciação”?* O amparo internacional dos direitos do homem face à universalização da justiça constitucional”, in *Estudos dedicados ao Prof. Doutor Luís Alberto Carvalho Fernandes*, vol. I, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2011, p. 341 ss., SARA GUERREIRO, *As fronteiras da tolerância*, Coimbra, Almedina, 2005, p. 249 ss., ANA MARIA GUERRA MARTINS, *Direito Internacional...*, cit., p. 196 ss. e, especificamente no contexto da interpretação dos direitos no sistema europeu de tutela, JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO, *O discurso...*, cit., p. 219-220.

apreciação é orientada para a melhor decisão do caso concreto<sup>569</sup>. Com efeito, também no seio do Conselho da Europa o TEDH, no seu trabalho de interpretação dos direitos convencionalmente previstos, é confrontado com uma diversificação cultural crescente, que chega, não só mas também, pela via das migrações<sup>570</sup>. Assim, num contexto de diversidade em que, todavia, se reconhece a “permeabilidade” dos sistemas nacionais, é pedido ao sistema convencional que desempenhe um papel “unificador” e se aplique a todos os Estados membros na sua diversidade, também interna<sup>571</sup>. De um ponto de vista metodológico, o TEDH serve-se de diversos instrumentos para balancear unidade jurídica e diversidade cultural, quais sejam a comparação para identificar consensos ou determinar a evolução cultural em determinadas matérias, promovendo um “diálogo jurídico intercultural”<sup>572</sup>, a interpretação evolutiva, aplicando a doutrina da interpretação da Convenção como instrumento vivo<sup>573</sup>, e a margem de apreciação. Esta é, na realidade, chamada a desempenhar vários papéis<sup>574</sup>. Trata-se de um instrumento de afirmação e acomodação da diversidade<sup>575</sup> e de ponderação entre uniformidade e diversidade<sup>576</sup>, através do qual se deixa espaço ao reconhecimento de um *elemento cultural* na

---

<sup>569</sup> Sobre a questão, PAOLO G. CAROZZA, “Subsidiarity...”, cit., p. 69-70, EVA BREMS, “Human Rights as a framework for negotiating/protecting cultural differences – an exploration of the case-law of the European Court of Human Rights”, in *Cultural...*, cit., p. 663 ss., p. 686, JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO, *O discurso...*, cit., p. 220 e CATARINA SANTOS BOTELHO, “*Quo Vadis...*”, cit., p. 349, salientando que enquanto a subsidiariedade é uma limitação do poder de controlo do TEDH, aplicando-se indiferentemente a todos os litígios, a doutrina da margem de apreciação apenas se aplica em determinadas circunstâncias, e a sua amplitude alterna casuisticamente.

<sup>570</sup> PATRÍCIA WIATER, *Le dialogue...*, cit., p. 8.

<sup>571</sup> *Idem*, cit., p. 8.

<sup>572</sup> *Idem*, cit., p. 21 ss. e jurisprudência aí citada.

<sup>573</sup> Que sublinha o caráter dinâmico da relação entre direito e realidade social e que a proteção efetiva dos direitos e liberdades fundamentais passa pela “avaliação das tendências e das mudanças sociais e jurídicas nas sociedades europeias” - *idem*, cit., p. 20. Uma reafirmação recente pode encontrar-se no julgamento do TEDH (Tribunal Pleno) no *Caso Bayatyan v. Arménia*, n.º 23459/03, 07/07/2011.

<sup>574</sup> EVA BREMS, “Human...”, cit., p. 686 e SARA GUERREIRO, *As fronteiras...*, cit., p. 251 ss.

<sup>575</sup> PATRÍCIA WIATER, *Le dialogue...*, cit., p. 23 e MICHEL ROSENFELD, *The identity...*, cit., p. 255 ss. Sobre a proteção da diversidade cultural no sistema da CEDH, *vd.* JULIE RINGELHEIM, “Protéger les droits de la personne dans une Europe multiculturelle”, in THOMAS BENS (dir.), *Le Droit saisi par le collectif*, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 95 ss. e *Diversité culturelle et droits de l’homme*, Bruxelles, Bruylant, 2006.

<sup>576</sup> EVA BREMS, “Human...”, cit., p. 687.

interpretação e aplicação dos direitos previstos na Convenção, permitindo a relevância das especificidades culturais dos estados membros<sup>577</sup>.

O TEDH reconhece uma margem de apreciação culturalmente fundada em casos de restrição de direitos da Convenção em nome da proteção da moral (art. 8.º, 10.º e 11º). Assim, se bem que a latitude nacional esteja limitada pelo controlo do TEDH, este último “reconhece que as concepções morais, os sistemas de valores e a vida social de uma comunidade estão intimamente ligados”, e a falta de homogeneidade de concepções jurídicas entre EM e os debates e controvérsias sobre valores sociais e culturais, no interior dos EM mas também internacionalmente, têm levado o TEDH a concluir pela inexistência de uma “noção europeia uniforme de moral”<sup>578</sup>. No contexto das atuais sociedade pluralistas, o TEDH poderia, nota EVA BREMS<sup>579</sup>, ter optado por adotar um conceito estrito de proteção da moral de forma a limitar o impacto restritivo nos direitos individuais, mas optou pelo mecanismo da margem de apreciação, deixando antes espaço a que as autoridades estaduais interpretem o critério da moral pública à sua maneira<sup>580</sup>, sem que isso signifique contudo “carta branca” para restringir direitos<sup>581</sup>. A margem de apreciação não garante às autoridades nacionais poderes ilimitados, uma vez que ela não exclui, antes implica, a supervisão do tribunal de Estrasburgo, tendo-se este afirmado, no *Caso Handyside*, “responsável por assegurar a observância dos compromissos estaduais e competente para a decisão final sobre se uma restrição é ou não compatível com os direitos garantidos pela Convenção”<sup>582</sup>.

---

<sup>577</sup> Segundo FLORIAN HOFFMANN/ JULIE RINGELHEIM, “Par-delà l’universalisme et le relativisme: La Cour européenne des droits de l’homme et les dilemmes de la diversité culturelle”, in *RIEJ*, n.º 52, 2004, p. 109 ss., a análise da jurisprudência de Estrasburgo permite identificar a influência de elementos culturais de três formas diferentes, seja na intensidade do controlo, seja no controlo da proporcionalidade de uma medida limitativa de um direito ou liberdade, *id est*, do “peso relativo atribuído aos diversos imperativos tidos em conta nos processos de ponderação de interesses”, seja porque “os fatores culturais podem ter uma incidência sobre a interpretação de certos termos utilizados na Convenção e dotados de uma dimensão sociocultural manifesta”.

<sup>578</sup> EVA BREMS, “Human...”, cit., p. 687. Concretizando, a propósito da liberdade de expressão, ONDER BAKIRCIOLU, “The Application...”, cit., p. 727 ss.

<sup>579</sup> PATRÍCIA WIATER, *Le dialogue...*, cit., p. 20.

<sup>580</sup> *Vd. Caso Handyside c. RU*, 12/12/1978, § 48, e *Müller e outros c. Suíça*, 24/05/1988.

<sup>581</sup> TEDH, *Open Doo rand Dublin Well Woman v. Ireland*, 29/10/1992. Para uma avaliação da aplicação da doutrina no caso da liberdade de expressão, ONDER BAKIRCIOLU, “The Application...”, cit., p. 719 ss.

<sup>582</sup> *Caso Handyside*, cit., § 48, e ONDER BAKIRCIOLU, “The Application...”, cit., p. 718.

O recurso à margem de apreciação não é objeto de avaliação consensual<sup>583</sup>. Pode ser visto como um mecanismo de gestão da hibridez no contexto do pluralismo jurídico global<sup>584</sup>, instrumento de pluralismo que possibilita a diversidade sem comprometer a convergência, estratégia legitimadora e princípio de justificação<sup>585</sup>, mecanismo de flexibilização<sup>586</sup>, instrumento de diálogo intercultural em contexto de diversidade cultural<sup>587</sup>, mecanismo de diálogo entre níveis de protecção interconexionados mas dotados de autonomia<sup>588</sup>. Diferentemente, sustenta-se que representa uma estratégia defensiva do Tribunal, que traduz a sua abdicação de responsabilidade como guardião dos direitos e liberdades fundamentais da CEDH<sup>589</sup>, a sua relutância em assumir uma função diretiva das ordens jurídicas nacionais<sup>590</sup> e a frustração do desenvolvimento de um “modelo constitucional” que contaria, entre as diversas vantagens que lhe são apontadas, a de orientar as ordens jurídicas europeias para um discurso comum de direitos humanos<sup>591</sup>. A abertura deixada pela Convenção às restrições aos direitos individuais e a liberdade reconhecida aos EM através da margem de apreciação podem, igualmente, considerar-se dissonantes com a protecção de “direitos humanos” e com a sua universalidade, por sugerir uma preponderância dos interesses públicos estaduais sobre os direitos e um incumprimento da “promessa dos direitos humanos” como “transcendência do político”<sup>592</sup>, em suma, o

---

<sup>583</sup> Sobre a questão, CATHERINE VAN DE HEYNING, “No place...”, cit., p. 87 ss. e, entre nós, CATARINA SANTOS BOTELHO, “*Quo Vadis...*”, cit., p. 355 ss. e SARA GUERREIRO, *As fronteiras...*, cit., p. 255 ss.

<sup>584</sup> PAUL SCHIFF BERMAN, “Global...”, cit., p. 1201 ss.

<sup>585</sup> MACDONALD, *apud* CATARINA SANTOS BOTELHO, “*Quo Vadis...*”, cit., p. 351.

<sup>586</sup> ONDER BAKIRCIOGLU, “The Application...”, cit., p. 731 ss.

<sup>587</sup> PATRÍCIA WIATER, *Le dialogue...*, cit., p. 23-24.

<sup>588</sup> MARCELO NEVES, *Transconstitucionalismo*, cit.

<sup>589</sup> Sobre a questão, SARA GUERREIRO, *As fronteiras...*, cit., p. 255.

<sup>590</sup> Neste sentido, *vd.* voto de vencido de Françoise Tulkens e outros em TEDH, *S.H. e outros c. Austria*, 3/11/2011 (fertilização heteróloga), no qual se lê: “*Ultimately, through the combined effect of the European consensus and the margin of appreciation, the Court has chosen a minimum – or even minimalist – approach that is hardly likely to enlighten the national courts.*”

<sup>591</sup> SIONAIDH DOUGLAS-SCOTT, “Europe’s...”, cit., p. 97 ss.

<sup>592</sup> Sobre a questão, ANDREW WILLIAMS, “Burying, not Praising the ECHR”, in *Europe’s Constitutional...*, cit., p. 75 ss., p. 77 ss. e, ainda, SARA GUERREIRO, *As fronteiras...*, cit., p. 256.

reconhecimento do “relativismo moral” e correspondente negação do carácter universal dos direitos humanos<sup>593</sup>.

Outros autores apontam ainda críticas à sua aplicação quando esteja em causa a relação entre maiorias e minorias<sup>594</sup>. O recurso à teoria da margem de apreciação numa situação de conflito entre maiorias e minorias pode ser visto como uma recusa em desempenhar um papel contramaioritário, corrigindo as deficiências do funcionamento das democracias assentes no princípio da maioria<sup>595</sup>. Com efeito, as instâncias nacionais poderão não poder desempenhar o seu papel de defesa das minorias, uma vez que a cultura e sensibilidade maioritárias tenderão a prevalecer, o que não acontecerá nos tribunais internacionais como o TEDH. Em contextos culturalmente homogêneos, os mecanismos de defesa contramaioritária desempenham um papel fundamental na defesa das minorias da “lógica da maioria”<sup>596</sup>.

Uma posição intermédia na discussão polarizada sobre a margem de apreciação, suscetível de gerar alguma convergência, sustenta a necessidade de uma delimitação mais precisa dos critérios, ainda insuficientes, que governam o recurso à doutrina da margem de apreciação pelo Tribunal (gerando incerteza e o risco de uma aplicação desigual do direito<sup>597</sup>), conferindo-lhes maior consistência e transparência e, consequentemente, maior efetividade, com ganhos para a certeza e segurança jurídicas<sup>598</sup>. Assim, aventa-se que, ainda que o aprofundamento de “standards” comuns europeus faça prever a crescente desnecessidade de recurso à margem de

---

<sup>593</sup> EYAL BENVENISTI, “Margin of appreciation, consensus and universal standards”, in *ILP*, vol. 31, 1999, p. 843 ss.

<sup>594</sup> *Idem*, cit., p. 848 ss., SARA GUERREIRO, *As fronteiras...*, cit., p. 257-258 e SUSANNA MANCINI, “The crucifix rage: supranational constitutionalism and counter-majoritarian difficulty”, in *ECLR*, 6, 2010, p. 6 ss., p. 24 ss.

<sup>595</sup> EYAL BENVENISTI, “Margin...” cit., p. 848 ss., nota que a aplicação da margem de apreciação, sobretudo se combinada com o critério do consenso, se revela especialmente onerosa para as minorias, minando a garantia de recurso a uma proteção jurisdicional de tipo imparcial, tanto mais quanto é certo que há decisões que não ganham em ser decididas num nível mais próximo e que o consenso tende a ser desfavorável às minorias. Cabe aos tribunais internacionais, in *casu* ao TEDH, desempenhar um papel na correção das deficiências da democracia, que pela sua natureza tende a fazer prevalecer os interesses das maiorias sobre os das minorias.

<sup>596</sup> SUSANNA MANCINI, “The crucifix...”, cit., p. 25.

<sup>597</sup> SARA GUERREIRO, *As fronteiras...*, cit., p. 256.

<sup>598</sup> IGNACIO DE LA RASILLA DEL MORAL, “The Increasingly Marginal Appreciation of the Margin-of-Appreciation Doctrine”, in *GLJ*, vol. 7, n.º 6, 2006, p. 611 ss., p. 621. A *Declaração de Brighton* (2012), a que se aludiu *supra*, apela precisamente a uma densificação dos princípios que guiam o recurso à margem de apreciação.



apreciação, tal recurso subsistirá uma vez que não desaparecerão as diferenças culturais e sociais entre Estados e, por conseguinte, a necessidade de mecanismos flexibilizadores destinados a permitir a aplicação e consolidação dos direitos da CEDH<sup>599</sup>.

O argumento do descrédito do TEDH, frequentemente invocado como consequência inevitável e dramática do recurso à margem de apreciação, pode porém ser reformulado<sup>600</sup>. O descrédito pode igualmente resultar de uma jurisprudência incapaz de fazer um justo balanceamento entre uniformidade e diversidade cultural, incorrendo em *défice de ponderação* das circunstâncias locais e contextos relevantes, e que atue para além dos limites traçados pela “separação de poderes”, forçando mudanças culturais à revelia das sociedades e das instâncias democraticamente legitimadas para as conduzirem. O recurso à margem de apreciação pode assim traduzir uma abordagem prudente destinada a incorporar a referência ao constitucionalismo nacional na argumentação do TEDH, como terá acontecido nos dois casos *Lautsi*<sup>601</sup>. Em suma, revemo-nos nas palavras de CATARINA BOTELHO quando afirma que se trata de “um instrumento necessário ao pluralismo e a uma visão democrática do próprio direito internacional, *maxime* dos direitos do homem”, através da qual o TEDH concilia “a vocação universal dos direitos do homem com as especificidades e sensibilidades de cada Estado, de cada ordenamento jurídico nacional”<sup>602</sup>.

O que vem sendo dito mostra que a necessidade de articular a convergência em direção a uma proteção comum com o pluralismo de sistemas de proteção. Como vários autores notam, as “cláusulas de salvaguarda” de tipo abstracto, como as do artigo 53.º da CDFUE e do artigo 53.º da CEDH, estão longe de resultar na simplicidade applicativa que o texto aparenta, suscitando dificuldades várias, entre as quais a determinação de qual seja o seu significado (se operam ao nível da interpretação, se da aplicação, se ambos), o seu âmbito de aplicação e o nível de proteção efetivamente mais favorável, sobretudo quando estão em causa ponderações

---

<sup>599</sup> ONDER BAKIRCIÖGLÜ, “The Application...”, cit., p. 731 ss.

<sup>600</sup> Alertando para a questão, SARA GUERREIRO, *As fronteiras...*, cit., p. 256-257.

<sup>601</sup> PAUL DE HERT/ STEFAN SOMERS, “Principles of national constitutionalism limiting individual claims in human rights”, in *ICLJ*, vol. 7, 2013, p. 4 ss., em especial p. 19 ss.

<sup>602</sup> CATARINA SANTOS BOTELHO, “*Quo Vadis...*”, cit., p. 357.p. 346.

de bens<sup>603</sup>. Por essa razão, alguns autores mostram-se céticos em relação a este tipo de cláusulas maximizadoras e mais favoráveis ao reconhecimento de “margens de apreciação” e ao exercício da auto-contenção como forma de ampliar o espaço decisório dos sistemas domésticos de direitos fundamentais<sup>604</sup>. A escolha no sentido da prevalência de um ou outro nível de proteção (europeu ou nacional) é certamente discutível – e efetivamente discutida – pelo que resta (e é muito) afirmar que a possibilidade de diálogo entre juízes ao nível europeu e nacional tem potencial para permitir aprofundar o entendimento de cada uma das instâncias quanto aos valores e interesses em causa e conduzir a um resultado mais equilibrado<sup>605</sup>.

O que se vem dizendo permite mostrar que o modelo de *unitas multiplex* aplicado ao contexto europeu não prescinde de uma referência aos direitos fundamentais, mas esta referência, ao contrário do que poderia supor-se, não se situa apenas no plano da unidade mas também no da diversidade – ou seja, os direitos fundamentais são “pontes” para uma “linguagem comum” mas abrem, simultaneamente, espaços de diversidade (cultural) e de *interculturalidade*. Avulta, por conseguinte, a questão do limite para estes diálogos interculturais - favorecidos, é certo, pela existência de um conjunto de princípios comuns.

As relações entre níveis de proteção têm, como é frequentemente afirmado, sido pautadas pela harmonia e pela disponibilidade para o diálogo<sup>606</sup>. Não obstante, há

---

<sup>603</sup> Sobre a questão, CATHERINE VAN DE HEYNING, “No place...”, cit., p. 71 ss. e, para o art. 53.º da CDFUE, MARIANA CANOTILHO, *O princípio...*, cit., *passim*, em especial p. 157 ss., LEONARD BESSELINK, “General report”, cit., p. 46 ss. e Jean-Paul Jacqué, “La protection des droits fondamentaux dans l’Union Européenne après Lisbonne”, *l’Europe des Libertés, Revue d’actualité juridique*, nº 26, p. 2-12 e o que escrevemos, em ANABELA COSTA LEÃO, “A Carta...”, cit.

<sup>604</sup> CATHERINE VAN DE HEYNING, “No place...”, cit., p. 71 ss. A autora alude, a propósito, ob. cit., p. 91 ss., a uma tendência promissora recentemente identificada no sentido da cooperação entre o tribunal de Estrasburgo e os tribunais superiores nacionais, quando estes tenham levado em conta a CEDH (e jurisprudência associada) no escrutínio da legislação doméstica, o que justificaria a consideração, pelo TEDH, da argumentação e ponderação levada a cabo pelo tribunal nacional e uma correspondente restrição dos seus poderes, salvo se o tribunal nacional tivesse interpretado ou aplicado erradamente a disposição convencional ou chegado a uma conclusão manifestamente irrazoável.

<sup>605</sup> PATRICIA POPELIER/ CATHERINE VAN DE HEYNING/ PIET VAN NUFFEL, “The Editor’s Introduction”, in *Human...*, cit., p. 1 ss., p. 13.

<sup>606</sup> É, de resto, sublinhado o contributo pelo desenvolvimento da proteção constitucional dos direitos fundamentais para a sua proteção internacional, visível por exemplo no recurso às tradições constitucionais comuns dos Estados Membros, mas igualmente a “sensibilidade” demonstrada pelo TJ à compreensão constitucional diferenciada de princípios constitucionais partilhados, e.g. Acórdão do TJ (1.ª secção) de 14/10/2004, *Omega Spielhallen- und*

razões para sustentar a existência de mecanismos capazes de criar um “espaço de ação” ou “margem de atuação” dos Estados na efetivação dos direitos fundamentais – essa é a conclusão de VAN DE HEYNING, que acompanhamos<sup>607</sup>. Assim, a convergência dos catálogos de direitos – que, em todo o caso, não é total – não elimina a possibilidade de surgirem divergências na interpretação e aplicação dos direitos fundamentais, dada a dimensão principal e a abertura das normas que consagram direitos fundamentais, bem como o apelo à ponderação em situações de conflito de direitos ou de colisão entre direitos e outros bens jurídicos, da comunidade ou do Estado, ou “interesses públicos legítimos”, dignos de proteção, leva a que essa ponderação possa assumir contornos diferenciados uma vez que não ocorre no vazio, mas num determinado contexto jurisdicional, cultural, social e político<sup>608</sup>. Com efeito, a compreensão dos direitos fundamentais como “culturalmente imersos” é mais forte tratando-se do nível de proteção estadual, tornando-se progressivamente menos impressiva à medida que caminhamos para níveis mais gerais de proteção e, por conseguinte, mais abstratos.

Finalmente, em conformidade com o que escrevemos *supra*, será porventura redutor analisar a questão apenas pela via do diálogo jurisprudencial, esquecendo a dimensão política e democrática da proteção dos direitos – a qual, em todo o caso, assoma constantemente a propósito da afirmação de um *Jurisdiktionsstaat*<sup>609</sup> e dos limites à “soberania judicial”. A evolução do sistema de proteção depende também da atividade de produção de normas em instâncias legitimadas para o efeito, por sua vez também por recurso ao diálogo interinstitucional – é disso exemplo a proteção das minorias no Conselho da Europa<sup>610</sup>. Por outro lado, se a internacionalização dos

---

*Automatenaufstellungs GmbH*, P. C-36/02. Um exemplo mais recente é o caso *Sayn-Wittgenstein* (C-208/09). Sobre o exercício, por esta alta instância, de uma “jurisprudência discursiva”, ALESSANDRA SILVEIRA, *Princípios de Direito da União Europeia: doutrina e jurisprudência*, 2.<sup>a</sup> ed., Lisboa, Quid Juris, 2011, p. 84 ss.

<sup>607</sup> CATHERINE VAN DE HEYNING, “No place...”, cit., p. 94 ss.

<sup>608</sup> *Idem, ibidem*.

<sup>609</sup> Sobre a questão, VICENZO BALDINI, “Tutela...”, cit., p. 13-14.

<sup>610</sup> Assim, GWENDOLYN SASSE, “Council of Europe as Norm Entrepreneur: the Political Strengths of a Weak International Institution”, in *Europe’s...*, cit., p. 171 ss. Aí se salienta que a pedra angular da atividade do Conselho da Europa, na qual assenta a sua legitimidade, é a produção de normas (numa dupla dimensão de desenvolvimento e garantia das normas), tanto mais que o seu mandato não está ancorado em razões de segurança, mas na proteção dos direitos humanos, da democracia e do *rule of law* na Europa. O domínio da proteção das minorias demonstra simultaneamente a capacidade para estender o seu mandato a novas áreas

direitos humanos não se identifica com uma “subalternização do Estado na efetivação da proteção”<sup>611</sup>, do princípio da subsidiariedade da proteção internacional dos direitos fundamentais, materialmente compreendido, há-de resultar a necessidade de retirar, no plano estadual – aí incluídos os diversos poderes do Estado - todas as consequências da vinculação internacional a instrumentos de proteção dos direitos fundamentais.

No contexto presente, o sistema de direitos fundamentais e humanos caracteriza-se pela diversidade de níveis de protecção e pela tensão entre tendências universalizadoras e tendências pluralistas<sup>612</sup>, favorecendo uma abordagem pluralista assente no diálogo entre sistemas e níveis de protecção, em detrimento de uma abordagem puramente hierárquica – um modelo “descentralizado” e “dialético” de guarda dos direitos<sup>613</sup>. Uma abordagem intercultural, em suma, que só será verdadeiramente intercultural se assentar no respeito pelas partes envolvidas e na capacidade de permeabilidade ou aprendizagem recíproca entre níveis normativos<sup>614</sup> - a qual, sem prejuízo do que se entenda defensável *de iure condendo*, tem de compreender-se, no momento, nos limites traçados pelos dados juspositivos, *maxime* jusconstitucionais. Destes nos ocuparemos de seguida.

---

(tradicionalmente evitadas no direito internacional) e dialogar com outras instituições internacionais.

<sup>611</sup> Como escreve JOSÉ PUREZA, *O património...*, cit., p. 86.

<sup>612</sup> A este propósito, evocamos ROSENFELD quando afirma que a construção de uma “identidade positiva de direitos humanos como Direito é um processo cumulativo e em desenvolvimento que progride a partir de diferentes fontes, incluindo os direitos constitucionais e a identidade constitucional e que, por seu turno, influencia o desenvolvimento e elaboração daqueles. À medida que direitos humanos e constitucionais convergem, as sementes do constitucionalismo transnacional emergem em concorrência com a particularização e pluralização dos direitos humanos”, aludindo a propósito a um *patriotismo de direitos humanos*, MICHEL ROSENFELD, *The identity...*, cit., p. 267. A propósito ainda, SUZANA TAVARES DA SILVA, *Direitos...*, cit., p. 61 e MARTA CARTABIA, “Diritti...”, cit., p. 43 ss.

<sup>613</sup> SUZANA TAVARES DA SILVA, *Direitos...*, cit., p. 58.

<sup>614</sup> EDOUARD DUBOUT/SÉBASTIEN TOUZÉ, “La fonction...”, cit., p. 23 ss. e 32 ss., dada a inexistência de uma uniformidade material entre sistemas e ordens jurídicas na matéria dos direitos fundamentais, os direitos fundamentais desempenham igualmente uma função de articulação variável entre os diferentes blocos normativos’ permitindo medir, em função do grau de abertura, o grau de autonomia das diferentes ordens jurídicas, seja através de uma “descompartimentação finalista” seja de uma “compartimentação identitária”.

### 4.3. Abertura constitucional aos direitos fundamentais

Resta precisar, agora por referência à Constituição portuguesa, em que medida esta se caracteriza por um princípio de amizade para com o direito internacional e europeu dos direitos fundamentais *lato sensu*. Se é certo que o contexto de interdependência<sup>615</sup>, internormatividade e interculturalidade convida a uma “abertura ao outro” que dificilmente conviverá com posturas unificadoras ou isolacionistas, vendo com bons olhos o “alargamento de razões” propiciado pelo recurso a outros padrões jurídico-normativos, ainda mesmo quando tal não seja imposto, é igualmente certo que o ponto de partida serão os dados jurídico-positivos, *maxime* constitucionais. Tenha-se presente, a propósito, que uma das dificuldades evidenciada na proteção eficaz dos direitos fundamentais é a da aplicação assimétrica dos instrumentos internacionais de proteção, em virtude dos diferentes sistemas de relação entre direito internacional e direito estadual e, em especial, da relação entre o direito internacional e a “supremacia constitucional”<sup>616</sup>.

Quanto aos “dados constitucionais” sobre a posição assumida pelo direito internacional na hierarquia de normas, a sua escassez<sup>617</sup>, no caso português, torna possíveis algumas divergências<sup>618</sup>, sobre as quais não nos deteremos senão para

---

<sup>615</sup> Sobre este, a propósito das relações entre direito interno e direito internacional, FAUSTO DE QUADROS, *A protecção da propriedade privada pelo direito internacional público*, Coimbra, Almedina, 1998, p. 531 ss.

<sup>616</sup> Sobre a questão, *vd.* PATRÍCIA POPELIER/CATHERINE VAN DE HEYMING/PIET VAN NUFFEL (eds.), *Human rights protection in the European legal order: The interaction between the European and the national courts*, Intersentia, 2011, em especial CATHERINE VAN DE HEYNING, “No place...”, *cit.*, p. 65-96. *Vd.* ainda ROBERTA MEDDA-WINDISCHER, *Old and new minorities: reconciling diversity and cohesion. A human rights model for minority integration*, Baden-Baden, 2009, p. 38 ss.

<sup>617</sup> JORGE BACELAR GOUVEIA, *Manual de Direito Internacional...*, *cit.*, p. 445 ss. e JORGE MIRANDA, *Curso de Direito Internacional Público*, Lisboa, Principia, 2012, p. 149 ss.

<sup>618</sup> Sobre a questão, JORGE MIRANDA, *Curso...*, *cit.*, p. 149 ss. e “Anotação ao artigo 8.º”, *cit.*, p. 159 ss., ANDRÉ GONÇALVES PEREIRA/ FAUSTO DE QUADROS, *Manual de Direito Internacional Público*, 3.<sup>a</sup> ed., Coimbra, Almedina, 1995, p. 115 ss., JÓNATAS MACHADO, *Direito internacional: do paradigma clássico ao pós-11 de Setembro*, Coimbra, Coimbra Editora, 2003, p. 110 ss., ANDREIA SOFIA PINTO OLIVEIRA, *O direito de asilo na Constituição Portuguesa. Âmbito de proteção de um direito fundamental*, Coimbra, Coimbra Editora, 2009, p. 167 ss, JORGE BACELAR GOUVEIA, *Manual de Direito Internacional...*, *cit.*, p. 450 ss. Este último autor identifica duas grandes correntes, a que defende a superioridade genérica do Direito Constitucional sobre o Direito Internacional, ainda que com matizes, e a que defende a superioridade genérica do Direito Internacional Comum sobre o Direito constitucional e restante ordenamento jurídico estadual, sendo a primeira maioritária e sufragada pela jurisprudência do Tribunal Constitucional. Segundo a posição do autor, o

atentar na especificidade que aí assuma a aplicação de normas relativas a direitos fundamentais. O diálogo entre diferentes níveis de proteção dos direitos fundamentais entendidos em sentido amplo não se esgota na “função inspiradora” exercida pelos direitos de fonte internacional e supraestadual, antes é um diálogo constitucionalmente querido e balizado, que resulta de uma abertura ao direito internacional, patente nos arts. 7.º, nos n.ºs 1 e 2 do art. 8.º e na cláusula aberta do n.º 1 do art. 16.º bem como, agora num outro plano, na receção formal da DUDH no n.º 2 do art. 16.º.

Em virtude da receção plena do direito internacional geral e convencional, as normas de direitos fundamentais internacionais vigoram na ordem jurídica portuguesa, devendo como tal ser aplicadas, por um lado (*id est*, como normas de direito internacional), e não apenas pelos tribunais, mas por todos os aplicadores do direito, por outro<sup>619</sup>. A orientação dominante é a de que tais normas assumem relevância infraconstitucional e supra-legal e, por conseguinte, a sua aplicação depende da conformidade à Constituição. Todavia, às normas que integrem o *ius cogens*, na medida em que integram uma espécie de “ordem pública internacional”<sup>620</sup> (sendo, por conseguinte, limites heterónomos ao poder constituinte) é reconhecido

---

direito internacional submete-se genericamente à constituição, sem prejuízo do reconhecimento da equiordenação ou mesmo superioridade daquele, nos casos de limites heterónomos provenientes do direito internacional, da constitucionalização por via de receção formal da DUDH (art. 16.º/1) e da constitucionalização dos direitos fundamentais não tipificados no texto constitucional de fonte internacional, ao abrigo da cláusula aberta do n.º 1 do art. 16.º.

<sup>619</sup> J. C. VIEIRA DE ANDRADE, *Os direitos...*, cit., p. 39 ss. Reforçando precisamente que a vinculação à CEDH se traduz de diversas formas, *Declaração de Brighton*, adotada em 2012 no seguimento da Convenção de Brighton sobre o futuro do TEDH, apela à implementação efetiva da Convenção nos Estados Membros, primeiros responsáveis pela implementação da CEDH (v. princípio da subsidiariedade), designadamente através da verificação prévia da compatibilidade da legislação e de outras medidas adotadas com a Convenção, da aplicação efetiva da Convenção e atenção à jurisprudência do TEDH pelos tribunais, bem como reforçando o conhecimento da CEDH pela administração, na formação dos juízes, advogados e aplicadores do Direito, bem como a informação aos potenciais queixosos (sobre os requisitos de admissibilidade, âmbito de aplicação, etc.). Texto acedido a 01/04/2013 em [http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/8AC14EA9-A92B-4875-A76A4E21A8B3AC5A/0/ENG\\_20120418\\_BRIGHTON\\_DECLARATION\\_FINALE.pdf](http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/8AC14EA9-A92B-4875-A76A4E21A8B3AC5A/0/ENG_20120418_BRIGHTON_DECLARATION_FINALE.pdf).

<sup>620</sup> ANA MARIA GUERRA MARTINS, *Direito Internacional...*, cit., p. 116. Sobre o *ius cogens*, JORGE MIRANDA, *Curso...*, cit., p. 143 ss. As duas Convenções de Viena sobre direito dos tratados consagram (art. 53.º) a doutrina do *ius cogens*, e pressupõem, para o seu reconhecimento, a aceitação generalizada da comunidade internacional, envolvendo a invalidade de norma contrária. Suscita-se, por conseguinte, a questão da admissibilidade de *ius cogens* regional.

valor supraconstitucional, bem como, para alguns autores, às demais normas de direito internacional de direitos humanos que integram o direito internacional consuetudinário geral ou comum, estabelecendo tais direitos fundamentais um “nível mínimo” de proteção<sup>621</sup>. No plano específico dos direitos fundamentais, atentemos na disposição do n.º 1 do artigo 16.º, que consagra uma cláusula aberta de direitos fundamentais<sup>622</sup> de fonte internacional que integram por esta via a constituição em sentido material<sup>623</sup>, e suscetíveis de fornecer parâmetros de aplicação das normas internas nos termos do princípio da interpretação conforme ao direito internacional<sup>624</sup>. O recurso ao direito internacional permite, em muitos casos, identificar dimensões “consumidas” nas normas constitucionais que não assumem relevância autónoma, ou então autonomizáveis, enquanto direitos fundamentais materiais, de acordo com o n.º 1 do art. 16.º<sup>625</sup>. Posição autónoma merece a DUDH, havendo que distinguir, entre as suas normas, as que integram os *ius cogens* e estão, por conseguinte, dotadas da força jurídica correspondente, e normas que não o integram e têm, por conseguinte, valor constitucional (n.º 2 do art. 16.º)<sup>626</sup>.

---

<sup>621</sup> ANA MARIA GUERRA MARTINS, *Direito Internacional...*, cit., p. 116. No mesmo sentido, JÓNATAS MACHADO, *Direito internacional...*, cit., p. 118 ss.

<sup>622</sup> Sobre esta, JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO, *A estruturação...*, vol. II, cit., p. 374 ss. e ISABEL MOREIRA, “Por uma leitura fechada e integrada da cláusula aberta”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Inocêncio Galvão Telles*, Coimbra, Almedina, 2003, p. 113 ss.

<sup>623</sup> J. C. VIEIRA DE ANDRADE, *Os direitos...*, cit., p. 41.

<sup>624</sup> Assim, JORGE MIRANDA, *Manual...*, Tomo IV, cit., p. 195 ss. e J. C. VIEIRA DE ANDRADE, *Os direitos...*, cit., p. 41. Por seu turno, discute-se qual o regime que lhes será aplicável, o qual dependerá, também, de lhes ser ou não reconhecida natureza análoga a direitos, liberdades e garantias, nos termos e para os efeitos do art. 17.º - sobre a questão J. C. VIEIRA DE ANDRADE, *Os direitos...*, cit., p. 184 ss. e JORGE MIRANDA, *Manual...*, Tomo IV, cit., p. 195 ss.

<sup>625</sup> No Ac. n.º 101/2009 (procriação medicamente assistida), o TC admitiu (ponto 5.b), relativo aos “parâmetros de legalidade”) que certas disposições de cariz convencional possam “beneficiar de força constitucional, na medida em que se apresentem como expressão de princípios gerais de direito comumente reconhecidos no âmbito da comunidade internacional no seu todo ou, pelo menos, de um determinado universo civilizacional (art. 8.º/1) ou como direitos fundamentais não escritos no quadro da cláusula aberta do artigo 16.º/1”. Sobre a questão, ANTÓNIO VITORINO, *Protecção constitucional e protecção internacional dos direitos do homem: concorrência ou complementaridade?*, Lisboa, AAFDL, 1993, verificando o recurso, na jurisprudência constitucional, aos instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos com uma função clarificadora, como auxiliares de interpretação e integração dos preceitos constitucionais relativos a direitos fundamentais (mas não como parâmetros autónomos de fiscalização *a se*).

<sup>626</sup> Sobre a questão, em termos não totalmente coincidentes, JORGE MIRANDA, *Manual...*, Tomo IV, cit., p. 195 ss., J. C. VIEIRA DE ANDRADE, *Os direitos...*, cit., p. 45 ss., JORGE BACELAR GOUVEIA, *Manual de Direito Internacional...*, cit., p. 445 ss. e PAULO OTERO,

A posição adotada tem, depois, implicações quanto à qualificação do vício resultante da conformidade do direito interno com o direito internacional e sua fiscalização, relevando aí designadamente a questão da fiscalização da constitucionalidade por desconformidade com o direito internacional<sup>627</sup>.

Finalmente, a abertura internacional é ainda abertura à interpretação que do direito internacional fazem os seus órgãos aplicadores – nomeadamente, em relação à CEDH, o TEDH<sup>628</sup> - e depende, em termos práticos, do efetivo recurso aos instrumentos internacionais, *maxime* pelos tribunais<sup>629</sup>.

Ora é precisamente no domínio dos direitos fundamentais que alguma doutrina sustenta, ao abrigo do princípio da harmonia da constituição com o direito internacional (“*Völkerrechtsfreundlichkeit der Verfassung*”, na sua formulação alemã)

---

“Declaração Universal dos Direitos do Homem e Constituição: a inconstitucionalidade de normas constitucionais?”, in *O Direito*, ano 122, 1990, p. 603 ss.

<sup>627</sup> Sustentando-se a tese de força supralegal mas infraconstitucional do direito internacional convencional, mesmo que incidente sobre direitos humanos, a desconformidade de direito ordinário com direito internacional, fora dos casos em que as normas internacionais possam releva diretamente na interpretação constitucional, não consubstancia senão uma forma de inconstitucionalidade *indireta*, como tal excluída do sistema de fiscalização da constitucionalidade, sendo o seu vício principal a ilegalidade. A desconformidade poderá ser sindicada pelo TC em sede de fiscalização concreta, nos termos da alínea i) do n.º 1 do art. 70.º da LTC, mas não em sede de fiscalização abstracta da constitucionalidade ou da legalidade. Neste sentido, JORGE MIRANDA, *Manual...*, Tomo VI, cit., p. 27 ss. e Ac. do TC n.º 371/91. Sobre a questão, ANTÓNIO VITORINO, *Protecção...*, cit., p. 15 ss.

<sup>628</sup> Também ANTÓNIO HENRIQUES GASPAR, “A influência...”, cit., p. 39, alude a que a interpretação, pelo TEDH, de normas convencionais deve ser considerada como integrando a própria CEDH, dado que a sua função é “‘clarificar, garantir e desenvolver’ as normas da CEDH, contribuindo para assegurar o respeito pelos Estados dos compromissos que assumem pela via convencional”. Os juízes nacionais estão vinculados à CEDH (artigos 1.º e 19.º da CEDH) e em diálogo com o TEDH, sobretudo num sistema como o nosso em que, por força do art. 8.º/1, a CEDH é direito interno supralegal, e “vinculados também porque, ao interpretarem e aplicarem a CEDH como primeiros juízes convencionais (...) devem considerar as referências metodológicas e interpretativas e a jurisprudência do TEDH, enquanto instância própria de regulação convencional”. O autor salienta, porém, ob. cit., p. 44 ss., que não se trata de “aceitação crítica”, tanto mais que há “matérias que apresentam maior permeabilidade às leituras jurisprudenciais do TEDH”. No mesmo sentido, IRENEU CABRAL BARRETO, *A Convenção Europeia dos Direitos do Homem Anotada*, Coimbra, Coimbra Editora, 2010, p. 42 e 367 ss., notando que tal decorre do art. 32.º da CEDH. Para uma concretização, *vd.* Ac. STJ de 30/06/2011 (liberdade de expressão).

<sup>629</sup> Sobre a invocação da CEDH, ilustrando com jurisprudência, IRENEU CABRAL BARRETO, *A Convenção...*, cit., p. 48 ss. Sobre a invocação da CDFUE, *vd.* ALESSANDRA SILVEIRA/PEDRO MADEIRA FROUFE/MARIANA CANOTILHO, FIDE 2012, “Questionnaire General, Protection of Fundamental Rights post-Lisbon: The Interaction between the EU Charter of Fundamental Rights, the European Convention on Human Rights (ECHR) and National Constitutions”, [http://www.cedu.direito.uminho.pt/uploads/FIDE%202012\\_final.pdf](http://www.cedu.direito.uminho.pt/uploads/FIDE%202012_final.pdf) [08/06/2013].



- nos termos da qual se impõe o acolhimento pela Constituição e, por via dela, pelo demais direito interno, dos direitos fundamentais reconhecidos pelo direito internacional (todo ou parte) ou, pelo menos, a sua interpretação e aplicação, tratando-se de matéria relativa a direitos fundamentais, em conformidade com o Direito Internacional, que se subentende sempre mais favorável aos direitos fundamentais dos cidadãos do Estado<sup>630</sup> - que a Constituição portuguesa “prescreve, de modo direto, o dever de a Constituição se harmonizar com o Direito Internacional em matéria de direitos fundamentais”<sup>631</sup>. Tal seria a conclusão imposta pela análise do n.º 1 do art. 8.º e do n.º 1 do art. 16.<sup>632</sup>, nos termos dos quais são constitucionalizados direitos fundamentais reconhecidos pelo direito internacional, e, num outro plano e com menor intensidade, do n.º 2 do art. 16.º, fixando como medida de interpretação do direito internacional, *in casu* a DUDH, assim consagrando a teoria exposta<sup>633</sup> - dos

---

<sup>630</sup> Seguimos aqui, quase textualmente, a formulação de FAUSTO DE QUADROS, *A proteção...*, cit., p. 535, o qual ressalva que o princípio da harmonia, não visando apenas os direitos fundamentais, “está pensada também e sobretudo para eles”. Uma enunciação desta doutrina a propósito da força jurídica da CEDH na Alemanha, onde ocupa hierarquicamente o nível das leis, teve lugar no caso *Görgülü*, 2BvR 1481/04, 14/10/2004, na qual o *BVerfG* se ocupou da relação, e da contrariedade, entre o direito interno e a CEDH, sustentando que o direito alemão, incluindo o constitucional, deve ser interpretado *na medida do possível* em conformidade com as obrigações internacionalmente assumidas pelo Estado alemão – sobre a decisão, e a ampla discussão que suscitou, *vd.* Gertrude LÜBBE-WOLFF, *HFR*, 12/2006, p. 138-146, <http://www.humboldt-forum-recht.de/druckansicht/druckansicht.php?artikelid=135> [14/06/2013]. Sobre esta teoria, *vd.* ainda ANDREIA SOFIA PINTO OLIVEIRA, *O direito...*, cit., p. 164 ss.

<sup>631</sup> FAUSTO DE QUADROS, *A proteção...*, cit., p. 536. O autor considera ainda (*ob. cit.*, p. 546 ss.) que o princípio da harmonia da constituição com o direito internacional em matéria de direitos fundamentais já vale como princípio geral de direito internacional (art. 38.º/1/c) do Estatuto do TIJ), não sendo todavia necessário invocá-lo, entre nós, nessa qualidade dado o seu reconhecimento expresso pela CRP, nos termos que demonstra.

<sup>632</sup> Este artigo concretiza o art. 8.º/1 quanto aos direitos fundamentais, alargando-o a direitos reconhecidos em qualquer fonte de direito internacional, sustenta FAUSTO DE QUADROS, *A proteção...*, cit., p. 543. Também ANDRÉ GONÇALVES PEREIRA/ FAUSTO DE QUADROS, *Manual...*, cit., p. 115 ss., admitem que o art. 16.º da CRP atribui implicitamente grau supraconstitucional a todo o direito internacional dos direitos humanos, tanto de fonte consuetudinária como convencional e, no mesmo sentido, louvando-se no facto de esta disposição não fazer qualquer distinção entre direito internacional consuetudinário e convencional ANA MARIA GUERRA MARTINS, *Direito internacional...*, cit., p. 120, sustenta que, “do ponto de vista constitucional, as convenções internacionais de direitos humanos, quer universais, quer regionais, prevalecem sobre todas as normas de direito interno, *inclusive* as constitucionais, a menos que se trate de convenções que conduzam à restrição do catálogo de direitos fundamentais incluídos nas normas constitucionais”.

<sup>633</sup> FAUSTO DE QUADROS, *A proteção...*, cit., p. 537 ss. Em sentido semelhante, ANA MARIA GUERRA MARTINS, *Direito internacional...*, cit., p. 110 e 116 ss., adicionando a este leque de disposições os n.ºs 1, 3 e 7 do artigo 7.º da CRP.

quais resultaria, em sentido mais amplo, a abertura da ordem constitucional ao direito internacional<sup>634</sup>. Através daquelas três disposições, escreve o autor que vimos citando, “o legislador constituinte quis alargar o âmbito da constituição *formal* sobre direitos fundamentais, incluindo nela também os direitos, liberdades e as garantias reconhecidos pelo Direito Internacional, e dando-lhes valor supraconstitucional, na condição, claro, de estes serem mais favoráveis ao indivíduo do que os direitos conferidos pelo texto constitucional”, assim procedendo a constituição a uma “autolimitação voluntária” na matéria<sup>635</sup>. Esta construção afirma, no plano positivo, a construção de um direito internacional universal - e, por essa razão, deverá ser encarada com a prudência que nos impõem as considerações acima tecida sobre a universalidade dos direitos humanos – e reflete a “constitucionalização da ordem internacional” a que aludimos *supra* bem como a impregnação ética do direito internacional e do direito constitucional, a que também já se aludiu<sup>636</sup>.

A interpretação das normas de direitos fundamentais em harmonia com o direito internacional de direitos humanos é sustentada, ainda que em moldes diferenciados, por SOFIA OLIVEIRA, para quem a abertura à interpretação e integração de acordo com o direito internacional (que não a DUDH) resulta da norma do n.º 1 do art. 16.º, a qual poderá ser interpretada no sentido de, permitindo o recurso ao direito internacional para determinar a existência de novos direitos fundamentais, permitir igualmente esse recurso para interpretar os direitos fundamentais consagrados<sup>637</sup>. Em harmonia com a epígrafe do art. 16.º, “o recurso ao direito internacional poderia, então, servir não apenas para suprir insuficiências de previsão, mas também poderia

---

<sup>634</sup> Com as implicações de que dá conta FAUSTO DE QUADROS, *A proteção...*, cit., p. 539 ss. Sobre a função destas normas na abertura do sistema de direitos fundamentais, ISABEL MOREIRA, “Por uma leitura...”, cit., p. 127-129.

<sup>635</sup> FAUSTO DE QUADROS, *A proteção...*, cit., p. 547. Contra, a propósito do art. 16.º/1, considerando que não se descortina “como pode um preceito da *Constituição conferir a qualquer norma uma força jurídica superior àquela que possui*”, JORGE MIRANDA, *Curso...*, cit., p. 152, n. 47.

<sup>636</sup> *Idem*, cit., p. 548 ss.

<sup>637</sup> ANDREIA SOFIA PINTO OLIVEIRA, *O direito...*, cit., p. 172 ss. O princípio da interpretação das normas de direitos fundamentais em harmonia com o direito internacional dos direitos humanos funda-se, segundo a autora, não apenas na abertura universalista da Constituição, mas também na própria natureza das normas internacionais de direitos humanos enquanto base sólida de proteção da dignidade (ob. cit., p. 176). A autora discute ainda a questão de saber se um raciocínio deste tipo não conduziria a uma interpretação da constituição de acordo com a lei, sustentando não se poder, à partida, considerar ilegítimo o recurso a normas legais conformadoras de direitos fundamentais (ob. cit., p. 176-177).

servir para resolver problemas de densificação do âmbito e do sentido (...) das normas constitucionais sobre direitos fundamentais”, auxiliando no preenchimento de conceitos abertos ou na escolha do melhor resultado interpretativo de entre os consentidos pela norma constitucional. Este princípio não significa, todavia, que as dúvidas na interpretação das normas constitucionais se resolvam automaticamente por apelo aos instrumentos de direito internacional, nem que todas as normas de direito internacional possam servir de parâmetro hermenêutico, só podendo desempenhar essa função as que “sendo úteis para a densificação de normas de direitos fundamentais internas, reúnam um certo grau de consenso na comunidade internacional, e que façam parte do direito internacional aplicável na ordem jurídica portuguesa, nos termos em que o art. 8.º o esclarece”, (mesmo que regional) sendo que o padrão último para aferir se os resultados interpretativos assim alcançados são ou não adequados será “*sempre a Constituição*”<sup>638</sup>.

Em suma, se nada na Constituição parece proibir que o juiz constitucional (ou outro juiz) invoque diretamente normas de direito internacional na conformação das suas decisões, como nota ANTÓNIO VITORINO<sup>639</sup>, nada parece igualmente impô-lo – ressalvado, nos termos do n.º 2 do art. 16.º, o caso do recurso à DUDH. Uma solução como a apresentada, retirando do n.º 1 do art. 16.º um princípio de interpretação em harmonia com o direito internacional, apresenta-se como uma solução de tipo pluralista, com a vantagem de permitir a compatibilização com a dimensão *internacional*, tomando em consideração a responsabilidade do Estado português pelo cumprimento dos seus compromissos internacionalmente assumidos<sup>640</sup>. O facto de vários instrumentos de direito internacional terem servido de fonte à Constituição contribui, como é frequentemente assinalado, para a convergência de catálogos<sup>641</sup>, mas não se exclui que as divergências possam surgir. Se a questão não tiver sido previamente acautelada (e.g. através da formulação de reservas), subsiste a questão da

---

<sup>638</sup> ANDREIA SOFIA PINTO OLIVEIRA, *O direito...*, cit., p. 177-178.

<sup>639</sup> Assim, ANTÓNIO VITORINO, *Protecção...*, cit., p. 68, “nada na Constituição portuguesa impede que o juiz constitucional faça aplicação directa de regras ou princípios de convenções internacionais de que Portugal seja parte para efeitos de conformação das suas decisões”.

<sup>640</sup> Dado que o Estado está limitado pelos compromissos internacionalmente assumidos e, por conseguinte, o seu “poder de inovação normativa” está condicionado pela prévia denúncia ou renegociação dos compromissos internacionais, como salienta ANDREIA SOFIA PINTO OLIVEIRA, *O direito...*, cit., p. 171-172.

<sup>641</sup> Assim, ANTÓNIO VITORINO, *Protecção...*, cit., p. 29 ss.

compatibilização entre hierarquia e aplicação do nível de proteção mais elevado, a menos que se opte sem mais pela prevalência do direito internacional mais favorável (v. *supra*)<sup>642</sup>. Note-se, todavia, que as divergências podem surgir, não tanto quanto aos direitos consagrados, mas quanto à interpretação das disposições normativas consagradoras de direitos, designadamente à extensão assumida pela sua proteção em situação de conflitos entre direitos, pelos seus órgãos aplicadores<sup>643</sup>. Por essa razão, o princípio da interpretação em harmonia com o direito internacional não poderá implicar um recurso sem mais aos *standards* internacionais no plano interno, sob pena de conduzir a um défice de ponderação dos contornos assumidos pelos direitos na sua consagração constitucional<sup>644</sup>. É nesse sentido que cremos, igualmente, que tal princípio terá por limite a sua adequação constitucional<sup>645</sup>.

A opção pluralista atrás exposta condiciona, igualmente, a opção na questão da relação entre constituição portuguesa e o ordenamento eurocomunitário e da interpretação do n.º 4 do art. 8.º<sup>646</sup>, assente numa necessidade de harmonização pluralista entre diferentes níveis normativos, com recurso a operações de concordância prática, no limite da salvaguarda dos “valores básicos” da Constituição - como se formulou *supra*. Tratando-se de uma questão de direitos fundamentais que reentre no âmbito material de aplicação do direito europeu (avultando aí a questão prévia da sua qualificação como tal), emerge a questão da aplicação do nível de proteção mais elevado (art. 52.º e 53.º CDFUE)<sup>647</sup>, e, consequentemente, da

---

<sup>642</sup> *Vd.* Ac. do TC n.º 121/2010 (casamento entre pessoas do mesmo sexo), invocando o princípio da preferência de aplicação das normas consagradoras de um nível de protecção mais elevado, à semelhança do que presecuem os artigos 52.º/3 e 53.º da CDFUE, para sustentar que o recurso à DUDH para “alargar a cobertura constitucional dos direitos fundamentais e não o de a restringir ou limitar, extensiva ou intensivamente”.

<sup>643</sup> Em especial, não se exclui que a aplicação de um direito com os contornos que lhe são reconhecidos na jurisprudência de Estrasburgo, possa revelar-se incompatível com a Constituição, como o *BVerfG* salientou em *Görgülü*, cit.

<sup>644</sup> Sobre a questão, J. C. VIEIRA DE ANDRADE, *Os direitos...*, cit., p. 41. *Vd.*, ainda, JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO, “Hermenêutica...”, cit., p. 205 ss. e, também, ANTÓNIO HENRIQUES GASPAREL, “A influência...”, cit., p. 40.

<sup>645</sup> Favorecida também, do ponto de vista do direito internacional, por uma compreensão material da subsidiariedade e por instrumentos como a margem de apreciação.

<sup>646</sup> Sobre a questão, expondo diversas perspetivas, JORGE MIRANDA, “Anotação ao art. 8.º”, cit., p. 159 ss., MIGUEL GORJÃO-HENRIQUES, “Compreensões...”, cit. e J. J. GOMES CANOTILHO/ VITAL MOREIRA, *Constituição...*, vol. I, cit., p. 251 ss.,

<sup>647</sup> Sobre a questão, *vd.* ALESSANDRA SILVEIRA/ PEDRO MADEIRA FROUFE/MARIANA CANOTILHO, “Questionnaire General...”, cit.

disponibilidade dos tribunais envolvidos para os diálogos judiciais que se impõem (ou propõem), designadamente por recurso ao reenvio prejudicial<sup>648</sup>.

Finalmente, também no plano interno será relevante a articulação entre sistemas não estaduais de proteção, designadamente a harmonização entre o sistema de Estrasburgo e o sistema eurocomunitário<sup>649</sup>.

## 5. Estado de Direito, democracia e globalização: ensaio de síntese

Tudo isto visto, é o próprio princípio do Estado de Direito, na sua dimensão constitucional *globalizada*, que tem de repensar-se<sup>650</sup>. Tal como os direitos fundamentais, cuja proteção de resto incorpora, o princípio do Estado de Direito desempenha uma função de articulação entre ordens jurídicas, sendo um princípio fundamental seja dos estados constitucionais, seja da ordem jurídica eurocomunitária<sup>651</sup>, seja do sistema de proteção de Estrasburgo<sup>652</sup>, por essa via se estreitando a possibilidade de conflitos pela convergência nos valores que aquele princípio salvaguarda<sup>653</sup>.

Também no seio do princípio do Estado de Direito, contudo, se manifesta a ambivalência. A atração dos direitos fundamentais “para além das fronteiras da

---

<sup>648</sup> Sobre a questão, *idem*, cit. e MARIA LUÍSA DUARTE, “União Europeia...”, cit., p. 302 ss.

<sup>649</sup> Sobre a questão, MARIA LUÍSA DUARTE, “União Europeia...”, cit., p. 305 ss.

<sup>650</sup> LUIGI FERRAJOLI, “Pasado...”, cit., p. 19.

<sup>651</sup> Sobre o princípio da União de Direito, *vd.* ALESSANDRA SILVEIRA, *Princípios...*, cit., p. 26 ss. Uma afirmação recente deste princípio teve lugar no famoso Acórdão *Kadi*, cit. em que o TJ invocou os direitos fundamentais e a necessidade de salvaguardar valores identitários da União de Direito. Por uma questão de coerência, escreveu MARIA LUÍSA DUARTE, “O Tratado...”, cit., p. 131, que “ao Tribunal de Justiça, que assim decidiu no caso *Kadi*, faltarão argumentos para, no futuro, se opor à legitimidade de uma eventual decisão de inconstitucionalidade sobre acto comunitário proferida por um tribunal nacional no exercício de competência própria de garantia subsidiária da Constituição do respectivo Estado-membro. A nosso ver, o Acórdão *Kadi*, como antes os arestos sobre os casos *Schmidberger* e *Ómega*, concretizam a dimensão judicial do funcionamento em rede de uma pluralidade de ordenamentos normativos (internormatividade), articulados entre si numa relação baseada na escala diferenciada de valores em substituição da tradicional hierarquia entre normas ou entre ordenamentos jurídicos”.

<sup>652</sup> Sendo, de resto, um dos princípios-chave do Conselho da Europa, tal como resulta do seu tratado constitutivo, da CEDH e de abundante jurisprudência do TEDH.

<sup>653</sup> CARLA AMADO GOMES/ MARIA LUÍSA DUARTE, “O Tribunal Constitucional...”, cit., p. 721-722, na senda de J. J. GOMES CANOTILHO/ VITAL MOREIRA, *Constituição...*, vol. I, p. 266 ss.

nação”<sup>654</sup> pode ser vista como reflexo da força do constitucionalismo contemporâneo ou neoconstitucionalismo<sup>655</sup>, reconhecendo-se ao princípio da dignidade da pessoa humana, que inspirou o movimento da proteção internacional dos direitos humanos bem como a revitalização axiológica das constituições ocidentais do pós guerra, o papel de “elemento unificador” e motor de convergência entre os diferentes níveis de proteção jusfundamental<sup>656</sup>. Porém, esta convergência não está imune a críticas, dirigidas seja ao seu caráter parcial e seletivo, seja à incerteza normativa a que conduz (designadamente, quanto ao padrão normativo aplicável) e ao risco de supressão de desejáveis mecanismos de balanceamento de poderes<sup>657</sup> - dimensões, a da certeza e segurança jurídicas, e a da separação e interdependência de poderes, também elas, da ideia de Estado de Direito.

A tensão, central ao princípio do estado de direito, entre direitos fundamentais e democracia<sup>658</sup> - reelaborada, na senda de ALEXY, como relação triádica entre direitos fundamentais, democracia parlamentar e jurisdição constitucional<sup>659</sup> - colocada no contexto específico do pluralismo, apresenta algumas especificidades quanto à complexa questão do “poder de última palavra” na matéria dos direitos fundamentais<sup>660</sup>.

Desde logo, como vimos *supra*, a questão do “guardião últimos dos direitos fundamentais” no contexto da internormatividade ganha novos contornos, deslocando-se da relação entre legislador democrático e tribunais para o *interior* do poder judicial e para a determinação do titular – entre os vários tribunais com funções de defesa de direitos fundamentais (v.g. no contexto do “triângulo judicial europeu”) - do poder de última palavra.

Por outro lado, os “acordos constitucionais” em sociedades multiétnicas exigem equilíbrios que podem assumir, juridicamente, várias formas, com

---

<sup>654</sup> MARTA CARTABIA, “Diritti...”, cit., p. 34 e n. 3.

<sup>655</sup> *Idem.*

<sup>656</sup> WEN-CHEN CHANG/ JIUNN-RONG YEH, “Internationalization...”, cit., p. 1170 ss. e FLÁVIA PIOVESAN, “Direitos humanos...”, cit., p. 452 ss.

<sup>657</sup> Sobre a questão, *inter alia*, WEN-CHEN CHANG/ JIUNN-RONG YEH, “Internationalization...”, cit., p. 1170 ss.

<sup>658</sup> Sobre a questão, desenvolvidamente, JORGE REIS NOVAIS, *Direitos...*, cit.

<sup>659</sup> ROBERT ALEXY, “Derechos fundamentales y Estado Constitucional Democrático”, in MIGUEL CARBONELL (ED.), *Neoconstitucionalismo(s)*, cit., p. 31 ss, p. 40-41.

<sup>660</sup> JORGE REIS NOVAIS, *As restrições...*, cit., p. 880 ss.

consequências na repartição de competências entre órgãos constitucionais com funções de proteção e promoção dos direitos fundamentais – *maxime*, entre legislador e tribunais <sup>661</sup>. Ultrapassado o “estigma” do legislador inimigo das liberdades em benefício de um legislador “amigo das liberdades” e indispensável à sua concretização (não à sua existência), tanto mais quanto se trata de um dos intérpretes da Constituição (o que não implica, todavia, assumir que legislador e juiz estão *em idêntica posição*<sup>662</sup>), avulta a questão de determinar que poder é o mais apropriado para assegurar a proteção das minorias.

Em especial no que à proteção das minorias (minorias sociais incluídas) diz respeito, pode sustentar-se que o poder judicial é o mais apropriado para desempenhar a função de defensor das minorias - seja porque a dinâmica democrática favorece as maiorias, seja porque a decisão maioritária é, não neutral, mas reflexo da cultura hegemónica<sup>663</sup> - seja porque a discussão judicial se torna uma arena alternativa à discussão na arena política, a qual, por natureza e por imperativos partidários, evita certas questões<sup>664</sup>. Assim, caberia afirmar que a “comunidade constitucional inclusiva”<sup>665</sup> é defendida, em última instância, pelo poder judicial<sup>666</sup>. Porém, também o juiz pode ser refém de preconceitos e estereótipos relacionados com as minorias, cuja afirmação, ainda que velada, um controlo de mera razoabilidade (e não mais intenso) da atividade do legislador permite<sup>667</sup>.

A afirmação de que a democracia pluralista fornece as regras elementares para o “imprescindível consenso geral”, entre cidadãos nacionais e recém-chegados, implica, não apenas advertir contra os perigos do recurso ao critério da maioria como critério operativo da democracia, que não pode significar o desrespeito pelas

---

<sup>661</sup> YASH GHAI, “Globalização, multiculturalismo e direito”, in *Reconhecer...*, cit., p. 431 ss., p. 457.

<sup>662</sup> CRISTINA QUEIROZ, *Interpretação constitucional e poder judicial*, Coimbra, Coimbra Editora, 2000, p. 346 ss.

<sup>663</sup> Sobre a questão, *infra*, Parte II.

<sup>664</sup> MICHELINE MILOT, “Canadian multiculturalism, laicity and the recognition of religious diversity”, in BARBARA POZZO (org.), *Multiculturalisms*, cit., p. 291 ss.

<sup>665</sup> JÓNATAS MACHADO, *Liberdade religiosa...*, cit., p. 180-181.

<sup>666</sup> CRISTINA QUEIROZ, *Direitos fundamentais...*, cit., p. 26.

<sup>667</sup> JÓNATAS MACHADO, *Liberdade religiosa...*, cit., p. 173-174.

minorias<sup>668</sup>, mas igualmente que seja repensada a democracia, nas duas dimensões participativa mas, também, representativa, tanto mais quanto é certo que subsiste o paradoxo de que, por força da dinâmica exclusão/inclusão que opera por via da relação entre cidadania e voto, o universo dos que são chamados a decidir não corresponda necessariamente ao universo daqueles a quem a decisão se aplica (paradoxo do “fechamento democrático”)<sup>669</sup> – o que afeta a representatividade<sup>670</sup>. A questão da representação das minorias culturais não é, de resto, privativa da discussão política, podendo igualmente discutir-se a propósito da representação em órgãos jurisdicionais<sup>671</sup>. Também por essa razão, tem-se sustentado que uma cidadania assente em “direitos de participação e comunicação”, uma cidadania “legitimamente democrática” ou pós nacional, se assume como fundamental numa sociedade que se pretenda inclusiva<sup>672</sup>.

A estas questões voltaremos *infra*, na Parte II e, em especial, na Parte III, na qual concretizaremos a resposta da CRP aos novos desafios da diversidade<sup>673</sup>, e densificaremos a função do Estado como *gestor do pluralismo*.

---

<sup>668</sup> GERARDO RUIZ-RICO RUIZ, “Introducción metodológica sobre el estudio de la cultura por el Derecho Constitucional”, in GERARDO RUIZ-RICO RUIZ/ NICOLAS PÉREZ SOLA (coord.), *Constitución y Cultura. Retos del Derecho Constitucional en el siglo XXI*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2005, p. 9 ss, p. 15.

<sup>669</sup> SEYLA BENHABIB, “On Michel...”, cit., p. 1889 ss.

<sup>670</sup> Ainda que, quanto a esta, possa discutir-se – como, de resto, se discutiu entre nós a propósito da consagração de mecanismos de reforço da participação política feminina efetiva, *maxime* parlamentar – qual o sentido constitucional da representação política e do princípio do mandato representativo.

<sup>671</sup> SUJIT CHOUDHRY, “Group rights in Comparative Constitutional Law: Culture, Economics or Political Power?”, in *The Oxford...*, p. 1099 ss., p. 1113 ss.

<sup>672</sup> ISABEL ESTRADA, “De Vestefália ao Projeto Pós-Nacional”, JOSÉ PUREZA (org.), *Para uma cultura da paz*, Coimbra, Quarteto, 2001, p. 41-54.

<sup>673</sup> Aos direitos fundamentais, sensíveis aos desenvolvimentos sociais e aos “movimentos que possam afetar o estatuto das pessoas na sociedade”, cabe um papel fundamental na resposta aos novos desafios, que J. C. VIEIRA DE ANDRADE, *Os direitos...*, cit., p. 63 ss., resume na trilogia “segurança, diversidade, solidariedade”. Sobre esta, na senda de Denninger e à escala mundial, JOÃO LOUREIRO, “É bom morar...”, cit., p. 190 ss.



## PARTE II

### DA DIVERSIDADE CULTURAL AO MODELO INTERCULTURAL

#### CAPÍTULO I. DE QUE FALAMOS QUANDO FALAMOS DE MULTICULTURALISMO?

*“É difícil compreender bem as criaturas e não creio que possamos conhecer ninguém a fundo, a não ser os nossos próprios compatriotas. Pois os homens não são somente eles; são também a região onde nasceram, a terra ou o apartamento da cidade onde aprenderam a andar, os brinquedos que tiveram quando crianças, as lendas que ouviram dos mais velhos, a comida de que se alimentaram, as escolas que frequentaram, os desportos em que se exercitaram, os poetas que leram e o Deus em que acreditaram. Todas essas coisas fizeram deles o que são, e essas coisas ninguém pode conhecê-las somente por ouvir dizer e sim se as tiver sentido. Só pode conhecê-las quem é parte delas.”*

(W. SOMERSET MAUGHAM, *O Fio da Navalha*, Livros do Brasil, p.10)

#### 1.O debate multiculturalista

##### 1.1.A descrição e a norma

Começemos por empreender um esforço de precisão conceptual e terminológica, esclarecendo *de que falamos quando falamos de multiculturalismo*.

Podemos entendê-lo como mero *facto* – neste sentido, o multiculturalismo descreve as sociedades atuais, nas quais coexistem diversas culturas e modos de vida, resultado potenciado pelas migrações. Outras vezes, estamos a pensar numa reflexão teórica ou mesmo na identificação de um modelo normativo capaz de gerir possíveis conflitos gerados pela convivência entre pessoas e grupos de diferentes culturas<sup>674</sup>.

---

<sup>674</sup> Sobre as diferentes aceções, v. entre outros, PAUL KELLY, “Introduction: Between Culture and Equality”, in PAUL KELLY (ed.), *Multiculturalism reconsidered*, Polity Press, 2005, p. 1 ss., distinguindo “circunstâncias” e reflexão teórica, IGNACIO SÁNCHEZ CÁMARA, “Integración...”, cit., GIOVANNI SARTORI, *La sociedad...*, cit., p. 61 ss., JOÃO CARDOSO ROSAS, “Sociedade Multicultural: conceitos e modelos”, in *RI*, n.º 14, 2007, p. 47 ss.

De uma ou de outra forma, o conceito aponta, pois, simultânea ou alternativamente, para uma *descrição* e para um *projeto*, podendo referir-se, enquanto descrição, à “existência de uma multiplicidade de culturas no mundo”, à “coexistência de culturas diversas no espaço de um mesmo Estado-Nação” ou à “existência de culturas que se interinfluenciam tanto dentro como para além do Estado-Nação”<sup>675</sup>.

Para simplificar, distinguiremos *sociedades multiculturais* ou *multiculturalidade* (sentido descritivo) de *multiculturalismo* (sentido normativo), assentindo na constatação de serem as nossas sociedades multiculturais, apesar de nem todos concordarmos com a perspectiva multiculturalista sobre essas sociedades<sup>676</sup>.

Esta distinção prévia é fundamental, seja porque a sua ausência está na base de diversos equívocos na discussão sobre a diversidade cultural (como desenvolveremos *infra*), seja porque, uma vez aceitando a diversidade cultural como um dado, podemos concentrar a nossa atenção em negociar e compreender a forma como se relacionam as diferentes culturas<sup>677</sup>.

Na literatura contemporânea, uma sociedade será vista como multicultural, por sua vez, numa de três aceções possíveis v.g. propostas por JOÃO CARDOSO ROSAS<sup>678</sup>: (1) como comunidade política na qual existem diversas nações históricas, com língua e história próprias; (2) como comunidade política na qual existem diversas comunidades étnicas, ou seja, diferentes em termos de língua e/ou religião e/ou usos e costumes, geradas pela imigração voluntária ou forçada; e (3) como sociedade em que existem diferentes grupos que têm por denominador comum tratar-se de “vítimas históricas de opressão da sociedade majoritária”, alargando o conceito de diferença cultural e minorias até abranger, não apenas minorias nacionais e imigrantes, mas minorias

---

<sup>675</sup> BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS/ JOÃO ARRISCADO NUNES, “Introdução...”, cit., p. 21.

<sup>676</sup> JOÃO CARDOSO ROSAS, “Sociedade...”, cit., p. 47. JOÃO LOUREIRO, “É bom ...”, cit., p. 193, n. 73, prefere, à expressão “sociedades multiculturais”, a expressão “sociedades pluriformes”, oriunda dos Países Baixos, que sublinha que “a multiplicidade de culturas é apenas um dos aspectos da diversidade societária”, apresentando-se mais neutral.

<sup>677</sup> BHIKHU PAREKH, *Repensando...*, cit., p. 21 ss.

<sup>678</sup> JOÃO CARDOSO ROSAS, “Sociedade...”, cit., p. 47 ss. e, também, *Conceções da Justiça*, cit., p. 100-101. Sobre a diversidade da diversidade cultural, vd. ainda BHIKHU PAREKH, *Repensando...*, cit., p. 16 ss.

sexuais e outras<sup>679</sup>. Assim, numa conceção ampla, uma sociedade dita multicultural abrange uma vasta gama de formas de diversidade, como as baseadas no género, orientação sexual, incapacidade, para além da diversidade etnocultural propriamente dita<sup>680</sup>.

IRIS MARION YOUNG distingue duas vertentes na “política da diferença”, a da “política da diferença posicional” e a da “política da diferença cultural”, esta última com protagonismo a partir da década de 90 do século XX. As duas abordagens partilham a crítica a uma conceção de igualdade como uniformidade e, por conseguinte, a abordagem ‘*difference blind*’ do “tratamento igual”, sustentando que a justiça exige em certos casos diferenciação, mas distinguem-se na abordagem dos grupos sociais e nas questões de justiça que enfatizam<sup>681</sup>. A primeira acentua que a abordagem de tratamento igual obscurece as diferenças materiais resultantes da posição social, divisão do trabalho, padrões normativos e formas de vida que perpetuam a desvantagem em que se encontram os membros dos grupos historicamente oprimidos, pelo que a igualdade em sentido material exige, não ignorar, mas levar em conta essas diferenças através de políticas de diferença (e.g. medidas de representação política). Por seu turno, a abordagem da diferença cultural centra-se nas diferenças em torno da nacionalidade, etnicidade e, posteriormente, religião, destacando, por oposição à perspetiva liberal, o valor que a identidade cultural assume para os indivíduos, rejeitando a neutralidade cultural e considerando que a justiça como igualdade impõe acomodar as diferenças culturais. YOUNG aponta as fragilidades da abordagem da diferença cultural e lamenta o esquecimento a que a abordagem da diferença posicional foi votada, sustentando que ambas são, na realidade, importantes e complementares<sup>682</sup>.

---

<sup>679</sup> A perspetiva mais ampla é adotada por IRIS MARION YOUNG, *vd.* IRIS MARION YOUNG, “Structural injustice and the politics of difference”, in *Multiculturalism and Political Theory*, cit., p. 60 ss. Sobre a distinção de perspetivas, *vd.* WILL KYMLICKA, *Multicultural Citizenship: A Liberal Theory of Minority Rights*, Oxford, Oxford University Press, 1995, p. 19.

<sup>680</sup> KEITH BANTING/ RICHARD JOHNSTON/ WILL KYMLICKA/ STUART SOROKA, “Do multiculturalism policies erode the welfare state? An empirical analysis”, in WILL KYMLICKA/ KEITH BANTING (eds.), *Multiculturalism and the Welfare State*, Oxford, Oxford University Press, 2006, p. 49 ss., p. 51.

<sup>681</sup> IRIS MARION YOUNG, “Structural...”, cit., p. 60.

<sup>682</sup> *Idem*, cit., p. 78 ss.

O ‘corte transversal’ efetuado por recurso a categorias como a opressão, a vulnerabilidade ou a desigualdade estrutural é importante para iluminar as raízes profundas da desigualdade, bem como as relações e processos de exploração, marginalização e normalização, mostrando que a desigualdade não se resolve apenas através de um tratamento formalmente igual<sup>683</sup>. Porém, é possível em abstrato separar pretensões relativas à proteção da cultura (de maiorias ou de minorias, portanto) e pretensões relativas à proteção perante a desigualdade estrutural, sem prejuízo de, cruzadas, estas duas perspetivas de análise revelarem a complexidade de muitas das pretensões identificadas simplesmente como sendo ‘culturais’. Assim, ressalvando que o recurso a categorias como a vulnerabilidade ou a opressão, se aplicadas sem mais a determinados grupos culturais – v.g., aos imigrantes - é insuscetível de dar conta da diversidade interna destas (*id est*, dos diferentes níveis de ‘vulnerabilidade’ e de ‘desigualdade de facto’), bem como a necessidade de distinguir entre diversidade como realidade e tratamento normativo da diferença<sup>684</sup>, haverá vantagem em iluminar o que de semelhante une as diferentes pretensões que se reconduzem às ‘lutas pelo reconhecimento’ *lato sensu*, designadamente no que diz respeito à articulação do princípio da igualdade em termos substanciais<sup>685</sup>.

Tomemos sociedade multicultural nos dois primeiros sentidos apontados<sup>686</sup>. A multiculturalidade no primeiro sentido apontado pertence à experiência histórica da

---

<sup>683</sup> *Idem*, cit., p. 79.

<sup>684</sup> Convoque-se, a propósito, a distinção entre diferença e desigualdade, *vd.* TERESA PIZARRO BELEZA, *Direito das mulheres...*, cit., p. 86 ss.

<sup>685</sup> E cremos que há, por exemplo, vantagem em recorrer aos conceitos desenvolvidos pela jurisprudência no seio do princípio da igualdade a propósito das chamadas ‘minorias sociais’. Mas concordamos, em geral, com as objeções de ROSAS ao conceito vago de opressão, o qual abrange realidades muito distintas e demonstra uma visão fixista da identidade dos grupos, ignorando a sua variedade interna, para além de uma certa confusão entre a realidade multicultural e o tratamento normativo da diferença, *vd.* JOÃO CARDOSO ROSAS, “Sociedade...”, cit., p. 47-48 e “A universalidade dos direitos de cidadania”, in ACÍLIO DA SILVA ESTANQUEIRO ROCHA (org.), *Justiça e Direitos Humanos*, Braga, Universidade do Minho/ Centro de Estudos Humanísticos, 2001, p. 47 ss. Também criticamente, CONCEIÇÃO MOREIRA, “Multiculturalidade e multiculturalismo”, in João CARDOSO ROSAS, *Manual de Ciência Política*, Coimbra, Almedina, 2008, p. 219 ss., p. 237-239.

<sup>686</sup> Estamos certos de que os usos *supra* avançados não esgotam os usos possíveis do termo “multiculturalismo”. Por exemplo, FONS J.R.VAN DE VIVJER/SEGER M. BREUGELMANS/SASKIA R. G. SCHALK-SOEKAR, “Multiculturalism: Construct validity and stability”, in *IJIR*, 32, 2008, p. 93 ss., apresentam a seguinte tipologia: como sociedade plural ou poliétnica na sua composição demográfica; como tipo de política em relação à diversidade cultural e como atitude relacionada com a ideologia política (conceito psicológico).

generalidade dos Estados europeus, variando em função do grau de concretização do projeto de Estado-Nação<sup>687</sup> ou, de outra forma, da capacidade de construção identitária de um projeto nacional<sup>688</sup>. Não é uma questão resolvida, mas controlada, já que se verifica, por um lado, um reconhecimento das minorias nacionais ou tradicionais na esfera pública<sup>689</sup>, mas, por outro, os respetivos termos da acomodação da identidade cultural são suscetíveis de ser continuamente negociados<sup>690</sup>.

Mas é a perspectiva da multiculturalidade no segundo sentido visto que tem estado no centro da discussão sobre o multiculturalismo nas sociedades poliétnicas europeias<sup>691</sup> (e também, como veremos, sobre a sua crise), avultando aí a questão de determinar qual a forma mais justa de integração dos imigrantes<sup>692</sup>.

A multiculturalidade das nossas sociedades deve ser vista como um processo histórico e irreversível<sup>693</sup>, pelo que a sua gestão “sem vulnerar os nossos valores democráticos e liberais” se apresenta como uma das questões básicas do nosso tempo<sup>694</sup>. A gestão desta multiculturalidade deve articular os “portadores” (imigrantes e cidadãos), os “gestores” (o conjunto de redes de atores políticos, sociais, económicos e culturais, entre os quais os Estados conservam em última análise, o monopólio e o controlo último da gestão do processo) e os “investigadores” da

---

<sup>687</sup> JOÃO CARDOSO ROSAS, “Sociedade...”, cit., p. 47-49. Portugal é, neste contexto, exceção, dada a estabilização precoce das fronteiras e a identificação entre Estado e nação. Aludimos aqui ao processo de consolidação do Estado Moderno de tipo europeu, nas suas diversas fases. Sobre a questão, *vd.* JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, Tomo I, 7.<sup>a</sup> ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2003, p. 63 ss.

<sup>688</sup> Sobre as políticas de “*nation building*” dos modernos Estados democráticos, WILL KYMLICKA/CHRISTINE STRAEHLE, “Cosmopolitanism, Nation-States, and Minority Nationalism: A Critical Review of Recent Literature”, in *EJP*, vol. 7, 1999, p. 65 ss., p. 73 ss.

<sup>689</sup> WILL KYMLICKA, *Multiculturalism: Success, Failure, and the Future*, Washington DC, Migration Policy Institute, 2012, disponível em [www.migrationpolicy.org](http://www.migrationpolicy.org).

<sup>690</sup> Veja-se, por exemplo, a evolução da discussão sobre o estatuto de autonomia da Catalunha com a STC 31/2010, *v.g.* AGUSTÍN RUIZ ROBLEDO, “El preámbulo del Estatuto catalán como manifestación del Estado neoautonómico”, in *RGDC* n.º 13, 2011.

<sup>691</sup> JOÃO CARDOSO ROSAS, “Sociedade...”, cit., p. 49. Acentuando igualmente a dimensão pós-imigração do multiculturalismo e a centralidade das questões relativas às minorias étnicas e religiosas de origem imigrante, e criticando a pouca importância que assumem em abordagens como, por exemplo, a de WILL KYMLICKA, *vd.* TARIQ MODOOD, *Multiculturalism. A civic idea*, Cambridge, Polity Press, 2007, p. 30 ss.

<sup>692</sup> JOÃO CARDOSO ROSAS, “Sociedade...”, cit., p. 49.

<sup>693</sup> RICARD ZAPATA BARRERO, *Multiculturalidad e inmigración*, Madrid, Síntesis, 2004, p. 10.

<sup>694</sup> *Idem*, cit., p. 10.

multiculturalidade (políticos, sociólogos, antropólogos, demógrafos, juristas, filósofos, economistas, etc.)<sup>695</sup>.

O que nos parece importante assinalar é a necessidade de refletir sobre a multiculturalidade, qualquer que seja a aceção considerada, do prisma da *identidade*, individual e coletiva, tendo ainda presente, quanto a esta última, que a questão do reconhecimento da diversidade e de eventuais direitos às minorias não pode esquecer a questão da construção identitária das comunidades políticas. É certo que a história europeia mostra que a cultura e a identidade cultural não são uma questão nova, antes foram questões fundamentais no processo de construção dos modernos Estados-Nação. Mas, então, essa identidade cultural funcionou essencialmente como estratégia de homogeneização, quando hoje em dia é frequentemente invocada como estratégia de diversificação. A questão dos direitos das minorias como “resposta à construção da nação pela maioria” relaciona-se, por conseguinte, seja com a determinação das formas permitidas de “*nation-building*”, seja com a discussão dos termos justos da integração de imigrantes<sup>696</sup>. A questão da integração dos imigrantes coloca igualmente “questões identitárias” fundamentais aos Estados atuais, muitas vezes marcadas pela unilateralidade de perspectiva, no sentido em que são interrogações sobre que ‘medida de diversidade’ podem as sociedades ocidentais consentir – e não sobre as possibilidades de reconstrução recíproca em clave intercultural das diversas identidades culturais envolvidas. A “identidade” que é interrogada, à qual se pedem respostas e, simultaneamente, ajustamentos, é a identidade política e social da comunidade e, também por isso, a sua *identidade constitucional* (questão sobre a qual nos debruçámos *supra*, na Parte I).

As sociedades contemporâneas são caracterizadas por um ‘pluralismo multidimensional’ que se alarga à diversidade de religiões e de cosmovisões, aos costumes da vida quotidiana e às conceções de valor que as sustentam<sup>697</sup>. É certo que a diversidade etnocultural *qua tale* não é uma especificidade das sociedades

---

<sup>695</sup> *Idem*, cit., p. 13 e 15.

<sup>696</sup> WILL KYMLICKA, “The new debate on minority rights (and postscript)”, in *Multiculturalism and Political Theory*, cit., p. 25 ss.

<sup>697</sup> OTFRIED HÖFFE, *Derecho Intercultural*, Barcelona, Gedisa, 2000, p.189. *Vd.* ainda GIANCARLO ROLLA, “Tutela de la identidad cultural y de la ciudadanía en los ordenamientos multiétnicos: la experiencia canadiense”, in FRANCISCO BALAGUER CALLEJÓN (org.), *Derecho Constitucional y Cultura*, Madrid, Tecnos, 2004, p. 131 ss.

modernas, antes é historicamente um dado nas sociedades humanas<sup>698</sup>. Todavia, nas sociedades multiculturais contemporâneas, o contexto histórico, a base cultural e os modelos de interação entre as comunidades colocam novas questões ou a necessidade de reformular questões e conceitos antigos, como nota PAREKH<sup>699</sup>. Assim, surgem como ‘algo de novo’ a assunção, no quadro de uma política de reconhecimento, da necessidade de o Estado ‘levar a sério’ a diversidade cultural que caracteriza a sua população<sup>700</sup>, bem como a ‘diversificação da diversidade’ que nos remete para a pluralidade e diversidade de pertenças e de comunidades (culturais, políticas, jurídicas), sobrepostas e complementares<sup>701</sup> - avultando aí, nota MODOOD, a novidade representada pela ‘mistura étnico-religiosa’ para as democracias europeias ocidentais<sup>702</sup> - e para a necessidade de pensar a relação entre elas.

A globalização (ou melhor seria falar em *globalizações*, como adverte BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS<sup>703</sup>) traz o duplo movimento de internacionalização e ressurgimento dos localismos e dos discursos identitários<sup>704</sup>, e, do mesmo modo que conduz a uma homogeneização cultural, contribui igualmente para o reforço da diversidade, opondo ao global o local e à homogeneidade a diversidade<sup>705</sup>. Parte integrante da globalização, os movimentos migratórios de dimensão internacional<sup>706</sup> das últimas décadas (e a sua diversificação), contribuíram para acentuar e dar maior visibilidade à diversidade cultural das nossas sociedades<sup>707</sup>, ainda que seja incorreto

---

<sup>698</sup> PATRICK SAVIDAN, *Le multiculturalisme*, Paris, PUF, 2009, p. 9 ss.

<sup>699</sup> BHIKHU PAREKH, *Repensando...*, cit., p. 23 ss.

<sup>700</sup> PATRICK SAVIDAN, *Le multiculturalisme*, cit., p. 3.

<sup>701</sup> Assim, DAVID HOLLINGER, *Postethnic America. Beyond multiculturalism*, New York, Basic Books, 1995, 2005 (ed. revista), p. 105 ss. Aludindo à “diversificação da diversidade” a propósito do pluralismo jurídico, MICHEL ROSENFELD, “Rethinking...”, cit., p. 437.

<sup>702</sup> TARIQ MODOOD, *Multiculturalism...*, cit., p. 8-9.

<sup>703</sup> BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS, “Por uma conceção...”, cit., p. 334 e, desenvolvidamente, “Globalizations”, in *TCS*, n.º 23, 2006, p. 393 ss.

<sup>704</sup> MIGUEL CARBONELL, “Constitucionalismo y Multiculturalismo”, in *DC*, n.º 13, 2004, p. 21 ss., p. 23.

<sup>705</sup> Sobre a questão, BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS, “Por uma conceção...”, cit., p. 334 ss.

<sup>706</sup> Sobre a contraposição entre migrações internas e internacionais, STEPHEN CASTELS, *Globalização, Transnacionalismo e Fluxos Migratórios*, s.l., Fim de Século Edições, 2005, p. 16 ss.

<sup>707</sup> Este entendimento pressupõe que as migrações internacionais são um “processo de multiculturalidade”, pelo que a gestão da imigração se converte também em gestão de novos contextos que resultam da multiculturalidade, RICARD ZAPATA BARRERO,

relacionar a multiculturalidade apenas com as migrações - basta pensar nas minorias “nacionais” geradas pela dinâmica de construção dos modernos Estados-nação, ou nas comunidades indígenas.

A percepção sobre a ‘diversidade’ é ambivalente, podendo ser percebida, ora como oportunidade, ora como ameaça<sup>708</sup>. Receia-se que a diversidade faça perigar a coesão, designadamente referida à nação e à identidade nacional como fator de unificação política<sup>709</sup>. A esta tensão diversidade-coesão acrescem outras tensões, como a que se dá entre valores próprios de um espaço ou de uma época e valores universais<sup>710</sup>, ou entre culturas e práticas culturais percebidas como liberais e iliberais<sup>711</sup>. Não será alheia a essa percepção de ‘ameaça’ o facto de a diversidade cultural surgir frequentemente conotada com “questões difíceis” como as relacionadas com os crimes de honra, os casamentos forçados, a poligamia ou a mutilação genital feminina<sup>712</sup>, leitura empobrecedora<sup>713</sup> que obscurece a dimensão de oportunidade que essa diversidade pode representar. Em todo o caso, parece certo que a concorrência

---

*Multiculturalidad...*, cit., p. 10. Sobre o significado político das migrações internacionais, v. JUAN CARLOS VELASCO, “As migrações internacionais”, in *Manual de Filosofia Política*, cit., p. 197 ss.

<sup>708</sup> HARALD ERMISCH, *Minderheitenschutz ins Grundgesetz?*, Munique, Lit, 2000, p. 32 ss.

<sup>709</sup> Desde o Estado moderno de tipo europeu que o Estado tende a corresponder a uma ‘nação ou comunidade histórica de cultura’, veja-se, entre outros, JORGE MIRANDA, *Manual...*, Tomo I, cit., p. 63 ss. Neste sentido, as migrações podem ser percebidas como uma ameaça ao Estado-Nação, vd. STEPHEN CASTELS, *Globalização...*, cit., p. 38 ss. A homogeneidade cultural que a nação fornece ao Estado é, porém, mais construída que realidade pré-existente - veja-se, a propósito, a análise de TULLY sobre a forma como o constitucionalismo moderno eliminou a diversidade cultural e logrou obter a homogeneidade da comunidade política, cf. JAMES TULLY, *Strange...*, cit., p. 58 ss.

<sup>710</sup> ACÍLIO DA SILVA ESTANQUEIRO ROCHA, “Direitos Humanos e o multiculturalismo”, in *Justiça e Direitos Humanos*, cit., p. 181 ss.

<sup>711</sup> A integração dos imigrantes surge, assim, como ‘a questão’ que enfrentam as democracias modernas, se bem que se deva distinguir a integração de imigrantes *tout court* do desafio representado pelo extremismo religioso e pelo fundamentalismo islâmico, vd. FRANCIS FUKUYAMA, “Identity, Immigration, and Liberal Democracy”, in *JD*, vol. 17, n.º 2, 2006, p. 5 ss.

<sup>712</sup> Um elenco de “questões difíceis” pode encontrar-se em BHIKHU PAREKH, *Repensando...*, cit., p. 389 ss.

<sup>713</sup> Neste sentido, a propósito da crítica feminista pós-colonial ao multiculturalismo, AYELET SHACHAR, “Feminism and multiculturalism: mapping the terrain”, in *Multiculturalism and Political Theory*, p. 115 ss., p. 125-126.



globalização-fragmentação (ou risco de ‘balcanização identitária’) coloca sérios desafios à viabilidade do Estado-nação<sup>714</sup>.

Partindo da diversidade cultural como ‘facto’, mais certo nos parece assumir, por enquanto, que esta é o ‘modo de ser’ das sociedades contemporâneas<sup>715</sup> e, perante as inúmeras e importantes questões que suscita, enfrentar o desafio, enunciado por KYMLICKA, de procurar respostas “moralmente defensáveis e politicamente viáveis” para tais questões<sup>716</sup>.

## 1.2. Os dados do debate multiculturalista

No Ocidente, o reconhecimento das comunidades no quadro estadual não é, de todo, uma questão recente. Mas a tradição individualista do Iluminismo, a dinâmica de construção dos modernos Estados-Nação a que já aludimos e o desenvolvimento dos ideais democráticos revelaram-se pouco favoráveis a uma lógica de representação de grupos - sem prejuízo de, em concreto, se verificar que os diferentes Estados foram reconhecendo, de formas e com intensidades diferentes, atores institucionais, corporações, comunidades e grupos<sup>717</sup> e de o desenvolvimento da dita “sociedade técnica” ter favorecido a afirmação destes últimos, designadamente, dos “grupos de interesse”, como associações intermédias entre indivíduo e Estado<sup>718</sup>. A tradição comunitária manteve-se mais forte nos EUA e no Canadá, nos quais, por razões históricas ligadas ao seu processo de formação, as comunidades permaneceram visíveis no espaço público, e onde, não por acaso, a reflexão teórica agrupada sob a

---

<sup>714</sup> MICHEL ROSENFELD, *The identity...*, cit., p. 235.

<sup>715</sup> Na expressão de SHAUNA VAN PRAAGH, *Hijab et Kirpan. Une histoire de cape et d'épée*, Sainte Foy, Québec, Presses de l'Université Laval, 2006, p. 46, “le seul costume de l'État liberal contemporain”.

<sup>716</sup> WILL KYMLICKA, *Multicultural Citizenship...*, cit., p.1.

<sup>717</sup> OLIVIER NAY, *Histoire des idées politiques*, Paris, Armand Collin/Dalloz, 2004, p. 523. Assim, OLIVIER NAY, ob. cit., p. 523, nota que em França a organização da vida política e social no Antigo Regime repousava no reconhecimento de entidades coletivas (como as ordens sociais e as corporações) “de enquadramento da vida individual” e as lutas religiosas do século XVI foram lutas pelo reconhecimento de comunidades, tendo cabido à Revolução Francesa pôr termo à organização de base “comunitária” em nome de uma conceção universalista. Sobre a tradição comunitarista alemã “anterior e posterior a Hitler”, vd. WINFRED BRÜGGER, “Communitarianism...”, cit., p. 433. Em geral sobre o pluralismo, J.C. VIEIRA DE ANDRADE, “Grupos...”, cit.

<sup>718</sup> Sobre a questão, J.C. VIEIRA DE ANDRADE, “Grupos...”, cit., p. 32 ss.

designação ampla de *multiculturalismo* despertou nos anos 60 e 70 do século XX, como resposta à sociedade multiétnica no Canadá e nos EUA<sup>719</sup>.

Com efeito, a “eclosão” do multiculturalismo em termos políticos dá-se no fim dos anos 60 do século XX no Canadá, pela mão do governo do então Primeiro-Ministro Pierre Trudeau, como forma de promover *um* Canadá (“*one Canada*”) em alternativa ao Canadá de duas nações, a francesa e a inglesa<sup>720</sup>. Em 1971, com a apresentação de Trudeau à *House of Commons* de um *White Paper on Multiculturalism*, o Canadá adotou oficialmente uma política multiculturalista para responder às reivindicações da minoria quebequense e de outros grupos minoritários, autóctones ou imigrados. Seguiu-se a adoção de políticas multiculturalistas nos anos 80 do século XX, nos EUA (sendo aí fundamental a questão racial e as lutas da comunidade negra), e mais tarde na Europa<sup>721</sup>.

No século passado, o tema das minorias, que suscitara grande interesse no século XIX e no início do século XX, caiu em relativo esquecimento até ressurgir, com força, em finais do século. Para tal esquecimento contribuiu um leque de razões entre as quais o falhanço do regime de minorias ensaiado sob a égide da Sociedade das Nações e, posteriormente, um pós II GGM marcado pela luta por direitos humanos universais, pela Guerra Fria e, em termos académicos, por uma filosofia política analítica marcada por grande abstração e pouco devotada às questões da diversidade cultural<sup>722</sup>.

Assim, a reflexão teórica sobre a diversidade cultural e os direitos das minorias veio antes a surgir em resposta a necessidades práticas ou, de outra forma, em torno de questões concretas de acomodação de minorias (nacionais, indígenas, imigradas) no seio dos Estados democráticos contemporâneos, designadamente a queda dos regimes comunistas da Europa de Leste (e a onda de nacionalismos étnicos

---

<sup>719</sup> OLIVIER NAY, *Histoire...*, cit., p. 523.

<sup>720</sup> TANIA GROPPi, “Il multiculturalismo come strumento per la costruzione dell’identità nazionale: l’esperienza del Canada”, in *Stato democratico...*, cit., p. 17 ss., p. 19.

<sup>721</sup> Em França, o termo e a noção de multiculturalismo foram introduzidos nos anos 90, *vd.* DENYS CUCHE *La notion...*, cit., p. 140 e MICHEL WIEVIORKA, “Le multiculturalisme : un concept à reconstruire ?”, 2010, disponível em <http://www.raison-publique.fr/article222.html> [6/11/2012].

<sup>722</sup> Vejam-se WILL KYMLICKA, “La evolución de las normas europeas sobre los derechos de las minorías: los derechos a la cultura, la participación y la autonomía”, in *RECP*, n.º 17, 2007, p. 11 ss. e ANTHONY SIMON LADEN/DAVID OWEN, *Multiculturalism and political theory*, cit., p. 4 ss.

que desencadeou), o desafio do acolhimento dos imigrantes (em especial, nas democracias ricas da Europa e na América do Norte), as lutas políticas dos povos indígenas e a crescente e constante ameaça de secessão de minorias nacionais (e.g. em Espanha, no Canadá e na Bélgica)<sup>723</sup>. Como notam LADEN e OWEN, o florescimento académico das teorias feministas e dos *critical race studies* contribuiu, a par das lutas políticas dos povos indígenas, das minorias nacionais e dos imigrantes, para a reintrodução e desenvolvimento do tópico da diversidade cultural nos estados modernos<sup>724</sup>. Por seu turno, ao menos após os anos 80 do século XX, a globalização suscitou também a questão do seu impacto na diversidade cultural e linguística<sup>725</sup>.

O campo temático – ou “campo de problemas”<sup>726</sup> - do multiculturalismo abrange um vasto leque de questões, das quais se ocupam diferentes racionalidades e sobre as quais laboram diversos “investigadores da multiculturalidade”<sup>727</sup>. Entre estas áreas do saber, coube à filosofia e à teoria política dar um contributo essencial à problematização do multiculturalismo (ainda que o tema da ‘diferença’ tenha surgido, primeiro, entre as preocupações das ciências sociais e dos estudos culturais<sup>728</sup>).

De facto, a Filosofia Política das últimas décadas do século XX, marcada pela publicação, em 1971, da obra de JOHN RAWLS *A theory of justice* e pela filosofia política analítica que se lhe seguiu, caracterizada por um elevado grau de abstração e idealização, partindo do “pressuposto não assumido da homogeneidade da comunidade política”<sup>729</sup> e da defesa do carácter fechado da *polis* (na qual se entra à nascença e se sai pela morte<sup>730</sup>), não encarou a reflexão sobre a diversidade cultural como uma prioridade. Para a alteração da situação foram decisivas as contribuições

---

<sup>723</sup> WILL KYMLICKA, “The new debate...”, cit., p. 25 ss.

<sup>724</sup> ANTHONY SIMON LADEN/DAVID OWEN, *Multiculturalism and political theory*, cit., p. 5 ss.

<sup>725</sup> KRISTIN HENRARD/ ROBERT DUNBAR, “Introduction”, in KRISTIN HENRARD/ ROBERT DUNBAR (org.), *Synergies in minority protection. European and International Law perspectives*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008, p. 1 ss., p. 6.

<sup>726</sup> PATRICK SAVIDAN, *Le multiculturalisme*, cit., p. 121.

<sup>727</sup> RICARD ZAPATA BARREDO, *Multiculturalidad...*, cit., p. 13.

<sup>728</sup> TARIQ MODOOD, *Multiculturalism...*, cit., p. 19.

<sup>729</sup> JOÃO CARDOSO ROSAS, *Concepções...*, cit., p. 99.

<sup>730</sup> Como nota WILL KYMLICKA, *Estados, naciones y culturas*, Córdoba, Almuzara, 2004, p. 57 ss., o pressuposto de que a liberdade e igualdade que interessa à maior parte das pessoas é aquela de que usufruem na sua cultura societal justifica o pouco interesse que a teoria liberal dedica à abertura de fronteiras, e a conhecida assunção de RAWLS de que se espera que cada um nasça e conduza a sua vida dentro da mesma sociedade e cultura.

representadas pela política do reconhecimento de CHARLES TAYLOR e pela cidadania multicultural de WILL KYMLICKA, na sequência das quais a diversidade cultural passou a estar entre as preocupações centrais da disciplina, suscitando a questão de saber se e em que medidas as diversas *concepções da justiça* devem incorporar políticas e direitos orientados para a proteção das minorias culturais<sup>731</sup>.

A controvérsia filosófica que opôs liberais e comunitaristas<sup>732</sup> foi igualmente decisiva para o desenvolvimento da filosofia multiculturalista. Por volta dos anos 80 do século passado, ter-se-á desenhado um consenso em torno da ideia de que o reconhecimento das “pertencas particulares” é compatível com os valores democráticos e liberais<sup>733</sup>, deslocando-se a discussão para a procura de soluções “políticas” capazes de conciliar o reconhecimento de especificidades culturais com os princípios democráticos e a coesão social<sup>734</sup>. Estas propostas, de inspiração ora mais comunitarista ora mais liberal, integram o “núcleo fundador” da *filosofia multiculturalista*<sup>735</sup>.

As questões com que o multiculturalismo se debate hoje não são as mesmas com que se debatia no início da problemática ou ao longo dos cerca de quarenta anos que leva a discussão teórica, como nota por exemplo KYMLICKA<sup>736</sup>. Procurando analisar a evolução do debate filosófico em curso sobre direitos das minorias e diversidade cultural, o autor identifica um primeiro momento em que os direitos das minorias surgiram no contexto do debate que opunha comunitaristas a liberais, como defesa comunitarista contra a incapacidade do liberalismo em lidar com a identidade cultural. Num segundo momento do debate, a questão passou a ser a de determinar em que medida os interesses das pessoas relativos à sua cultura e identidade seriam

---

<sup>731</sup> JOÃO CARDOSO ROSAS, *Concepções...*, cit., p. 99.

<sup>732</sup> Assim, MILENA DOYTCHÉVA, *Le multiculturalisme*, Paris, La Découverte, 2005, p.31-32.

<sup>733</sup> Não deixa de parecer justo assinalar-se que, tendo as discussões sobre a diversidade cultural na teoria e filosofia política surgido num contexto dominado pelo liberalismo, parte do debate se dedica a identificar em que medida o liberalismo distorce, ou é compatível, com esta diversidade cultural das sociedades políticas, como referem ANTHONY SIMON LADEN/DAVID OWEN, *Multiculturalism...*, cit., p.7. Ora, esta constatação não deixa de ser, em certa medida, surpreendente, se atendermos a que o liberalismo se desenvolveu precisamente em resposta a questões de diversidade, designadamente religiosa (guerras religiosas dos séculos XVI e XVII na Europa), notam os autores, ob. cit., p.9.

<sup>734</sup> MILENA DOYTCHÉVA, *Le multiculturalisme*, cit., p.38.

<sup>735</sup> *Idem*, cit. p. 31 ss.

<sup>736</sup> WILL KYMLICKA, “The new debate...”, cit., p. 25 ss.

suficientes para justificar o abandono da regra da neutralidade etnocultural, através da complementação dos direitos individuais comuns com direitos de minorias. Este segundo nível de discussão representou, segundo KYMLICKA, um progresso, ao colocar devidamente a questão, mas partindo de um pressuposto errado, pois as democracias liberais não estão, em seu entender, limitadas por nenhuma norma de “neutralidade etnocultural”. E, por isso, o terceiro momento do debate seria o de conceber os direitos das minorias, não como um desvio à neutralidade etnocultural, mas como resposta à construção da nação pela maioria, o que levantaria as questões de saber o que são formas permitidas de “*nation-building*” e quais os termos justos da integração de imigrantes. O quarto momento, nesta itinerância, é por vezes apelidado de declínio do multiculturalismo, ainda que porventura se trate, mais propriamente, de reformulação (a isto, voltaremos *infra*, no Capítulo II).

Este percurso demonstra uma mudança de enfoque. À preocupação inicial com a justificação de modelos sensíveis à diferença como ‘questões de justiça’ (e não ‘desvios à justiça’), seguiu-se uma reformulação do debate em dois sentidos: por um lado, discutindo as questões de justiça em contextos particulares, centrando-se na análise da justiça ou injustiça na distribuição dos custos e benefícios de políticas concretas associadas ou associáveis à identidade e cultura; por outro, movendo-se das questões da justiça para as questões de cidadania, procurando determinar em que termos a afirmação de direitos das minorias afeta “as virtudes cívicas e práticas de cidadania que sustentam uma democracia saudável”<sup>737</sup>.

Em especial, ainda no que respeita à dimensão de justiça, podemos verificar na discussão multiculturalista um percurso que a leva da ‘justiça entre grupos’ para a ‘justiça no interior dos grupos’. Numa primeira fase dos estudos multiculturalistas, situada entre meados da década de 80 e meados da década de 90 do século passado, estes orientaram-se para a redefinição da cidadania em termos ‘diferenciados’, substituindo a prioridade conferida aos direitos individuais ou a um sentido forte de pertença à comunidade política pelo reconhecimento, respeito e mesmo promoção, pelo Estado contemporâneo, da diferença estabelecida com base nos grupos de

---

<sup>737</sup> WILL KYMLICKA/WAYNE NORMAN, “Citizenship in Culturally Diverse Societies: Issues, Contexts, Concepts”, in WILL KYMLICKA/WAYNE NORMAN (ed.), *Citizenship in diverse societies*, Oxford, Oxford University Press, 2000, p. 1 ss., p. 5.

pertença, por contraposição à assimilação na identidade majoritária ou dominante<sup>738</sup>. Os multiculturalistas desta primeira vaga centraram-se na ‘justiça entre grupos’, concedendo pouca atenção à dimensão interna, designadamente aos custos e riscos resultantes das políticas do reconhecimento para os membros mais débeis desses grupos e para a perpetuação de relações de desigualdade, além de terem “negligenciado” as comunidades minoritárias de base religiosa<sup>739</sup>. A esta primeira fase sucede, no final da década de 90 do século passado, uma segunda vaga de multiculturalismo, crítico das posições anteriores, em que pontifica a crítica feminista do multiculturalismo.

Apercebe-se, por conseguinte, a coexistência de duas abordagens ao multiculturalismo como ‘questão de justiça’ ou resposta à diferença social, uma de índole acentuadamente *teórica ou normativa*, propondo a acomodação da diferença com base num conceito de justiça definido, em termos abstratos, por referência, designadamente, a um princípio de igual dignidade e respeito, a segunda de índole acentuadamente *política*, colocando a ênfase na dimensão de poder, de luta e de reivindicação, rejeitando a ideia de que a justiça possa ser definida antes, e não no âmbito de um processo político que garanta a possibilidade de as perspetivas dos grupos marginalizados se expressarem e apresentando-se, por conseguinte, como predominantemente contextual<sup>740</sup>. Ante as insuficiências de cada uma destas perspetivas se isoladamente consideradas, propõe-se uma complementaridade entre estas duas dimensões da justiça multicultural, procurando uma articulação entre o ‘jurídico’ e o ‘político’ e entre um nível normativo e uma sensibilidade contextual.

É manifesto que à teoria política coube um papel de grande protagonismo na discussão das questões suscitadas pela multiculturalidade, ocorrendo uma “especialização” que, embora compreensível, comprometeu porventura a desejável interdisciplinaridade no campo temático do multiculturalismo<sup>741</sup>. Não surpreendem,

---

<sup>738</sup> AYELET SHACHAR, “Religion, State, and the Problem of Gender: Reimagining Citizenship and Governance in Diverse Societies”, in *McGLJ*, vol. 50, 2005, p. 49 ss., p. 57.

<sup>739</sup> *Idem*, cit., p. 57.

<sup>740</sup> Sobre as diferentes abordagens, MELISSA S. WILLIAMS, “Justice toward Groups: Political Not Juridical”, in *PT*, n.º 23, 1995, p. 67 ss. e DAVID OWEN/ JAMES TULLY, “Redistribution and recognition: two approaches”, in ANTHONY SIMON LADEN/DAVID OWEN (eds.), *Multiculturalism and Political Theory*, Cambridge, 2007, p. 265 ss.

<sup>741</sup> MILENA DOYTCHIEVA, *Le multiculturalisme*, cit., p. 97 ss. Este divórcio entre perspetivas terá estado na origem das críticas vindas das ciências sociais às propostas político-normativas das teorias multiculturalistas, consideradas pouco convincentes do ponto de vista das ciências

por isso, os apelos a um maior protagonismo das ciências sociais e a “nutrir o debate de análises concretas, e não apenas de reflexões teóricas”<sup>742</sup>. A própria teoria do direito constitucional é acusada de se mover na sombra da teoria política em matérias que pertencem ao cerne das “preocupações constitucionais”<sup>743</sup>. Sem prejuízo da globalização jurídica e do diálogo entre ordens jurídicas (*maxime*, jurisprudencial) na “arena global”<sup>744</sup>, a análise constitucional comparada<sup>745</sup> mostra como as questões relacionadas com a proteção de reivindicações culturais assumem contornos diferentes consoante os contextos em que surgem e obtêm respostas que têm de ser compreendidas no âmbito de uma determinada “tradição constitucional”, sem que isso deva ser visto como expressão de provincianismo mas, antes, de diversidade<sup>746</sup>. É nesse plano, não isento de dificuldades – o da tradução normativa das opções tomadas com base em posições próprias da filosofia moral ou política ou das ciências sociais<sup>747</sup> – que se insere a nossa análise.

Dada a grande riqueza teórica gerada em torno das questões da multiculturalidade, será aliás necessário ter presente que não é possível avançar uma definição única de multiculturalismo. O que este propõe é o reconhecimento e a proteção das culturas e das pertenças culturais, mas fá-lo partindo de diferentes perspetivas (*e.g.* comunitarista, liberal, pós-colonialista, republicana, feminista). A proposta multiculturalista, *lato sensu*, foi, e é, objeto de diversas críticas, oriundas de diversos setores e dirigidas a diversos aspectos, cujo tratamento sistemático é dificultado precisamente pela diversidade a que aludimos. Por conseguinte, entendemos que a melhor abordagem, no contexto da nossa proposta de trabalho, será

---

sociais. Sobre esta discussão, MILENA DOYTCHIEVA, *Le multiculturalisme*, cit., p. 97 ss.; SARAH SONG, *Justice, Gender, and the Politics of Multiculturalism (Contemporary Political Theory)*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007, p. 31 ss. e ANNE PHILLIPS, *Multiculturalism...*, cit., p. 42 ss.

<sup>742</sup> MICHEL WIEVIORKA, “Le multiculturalisme...”, cit., p. 1.

<sup>743</sup> SUJIT CHOUDHRY, “Group...”, cit., p. 1100.

<sup>744</sup> Evocamos o título da obra de SUZANA TAVARES DA SILVA, *Direitos Fundamentais na arena global*, cit.

<sup>745</sup> Sobre a questão, vejam-se CATARINA SANTOS BOTELHO, “Lost...”, cit., e, em termos mais genéricos, FERNANDO JOSÉ BRONZE, “O direito...”, cit.

<sup>746</sup> Trata-se, por conseguinte, da “dupla contigência” identidade/alteridade a que alude MARCELO NEVES, *Transconstitucionalismo*, cit., p. 270.

<sup>747</sup> MIGUEL CARBONELL, “Constitucionalismo...”, cit., p. 24 e MENACHEM MAUTNER, “From “Honor” to “Dignity”: how should a liberal State treat no-liberal cultural groups?”, in *TIL*, vol. 9, 2008, p. 609 ss., p. 613.

a *problemática*, procurando compreender a que dão resposta ou contra quê reagem as diferentes propostas<sup>748</sup> e as consequências que daí resultam para a “renegociação contínua” do “equilíbrio tripartido delicado” entre grupo, Estado e indivíduo (que ‘pertence’ a ambos) que o multiculturalismo impõe<sup>749</sup>.

Perante a impossibilidade, e desnecessidade (dada a profusão do seu tratamento teórico), de rever todas as questões teóricas associadas à problemática multiculturalista, optámos por visitar e discutir as questões que se revestem de centralidade para a reflexão que nos ocupa e para a compreensão da tutela jurídica da identidade e da diversidade culturais. Fizemo-lo procurando dar conta de contributos vindos de diferentes tradições de pensamento político, por um lado, e incorporando e discutindo os posicionamentos críticos, por outro. Fizemo-lo ainda procurando dar especial atenção às *minorias imigradas* ou *resultantes da imigração*, cujo tratamento se dilui por vezes no tratamento geral da temática das minorias culturais mas assume, noutras abordagens, sobretudo mais recentes, merecido tratamento autónomo.

## **2. Abordagem tópico-problemática**

### **2.1. Cultura, identidade, diversidade**

Na senda do que já dissemos, atribui-se aos comunitaristas o impulso dado às questões do reconhecimento das identidades coletivas culturais<sup>750</sup>. Na sua formulação contemporânea, o pensamento comunitarista desenvolve-se como proposta de correção do projeto liberal, consubstanciando uma crítica da modernidade, “das suas matrizes individualista, racionalista e voluntarista, bem como das visões do eu, da

---

<sup>748</sup> Parafraseamos Will KYMLICKA, *Multicultural Odysseys: Navigating the New International Politics of Diversity*, Oxford, Oxford University Press, 2007, p. 61, a propósito da (im)possível definição de multiculturalismo liberal.

<sup>749</sup> AYELET SHACHAR, *Multicultural Jurisdictions*, Cambridge, Cambridge University Press, 2001, p. 27.

<sup>750</sup> Também em relação ao comunitarismo é válido afirmar que não existe um, mas vários. Sobre estes, OLIVIER NAY, *Histoire...*, cit., p. 524 ss.; WINFRED BRÜGGER, “Communitarianism...”, cit., p. 433 ss. e CARLOS AMARAL, “Comunitarismo”, in JOÃO CARDOSO ROSAS (org.), *Manual de Filosofia Política*, Coimbra, Almedina, 2008, p. 89 ss., p. 98 ss.



sociedade, da justiça, da democracia e do político que a enformam”<sup>751</sup>. Em extrema síntese, os comunitaristas apontaram ao liberalismo a sua incapacidade para dar conta das desigualdades realmente existentes, desconhecendo a sua dimensão comunitária, e uma conceção abstrata de indivíduo e de sociedade como “soma de indivíduos”, associada ao esquecimento ou à desconsideração de que os indivíduos são seres “situados”, que se constroem por referência a comunidades, atribuídas ou escolhidas<sup>752</sup>, reconhecidas como sujeitos de direitos e deveres e, designadamente, de um direito à autodeterminação<sup>753</sup>. Neste sentido, a identidade do sujeito não prescinde da sua inserção social, tradicional, histórica e cultural<sup>754</sup>. É contestada a contraposição entre o “justo” e o “bem” e a precedência daquele sobre este (para os comunitaristas não existe a “pessoa” separada da sua “conceção de bem”, e a conceção de bem-estar individual também envolve a dimensão comunitária e, nesta, a política<sup>755</sup>), bem como o correspondente princípio da neutralidade estadual<sup>756</sup>. Ao contrário dos liberais, os comunitaristas sustentam que cabe às sociedades formular conceções partilhadas, mais ou menos densas, de bem comum (diferindo os comunitaristas entre si quanto ao

---

<sup>751</sup> CARLOS AMARAL, “Comunitarismo”, cit., p. 88. Ao mesmo tempo, procura dar uma resposta ao desencanto com a atividade política e ao afastamento entre esta e os cidadãos (ob.cit., p. 88), sendo a valorização comunitarista das “comunidades substanciais” e das virtudes republicanas clássicas retomada pelas variantes modernas do republicanismo (MILENA DOYTCHÉVA, *Le multiculturalisme*, cit., p. 36).

<sup>752</sup> OLIVIER NAY, *Histoire...*, cit., p. 524 ss. e WINFRED BRÜGGER, “Communitarianism...”, cit., p. 433 ss. Contestando a assunção de que a teoria liberal concebe o indivíduo de forma isolada e atomística, salientando que do que se trata é, não de negar a importância das comunidades e associações, mas de estabelecer a prioridade do indivíduo face à comunidade, CHANDRAN KUKATHAS, “Are there any cultural rights?”, in *PT*, 20, 1992, p. 105 ss., p. 110 ss.

<sup>753</sup> Discutindo a questão, CHANDRAN KUKATHAS, “Are there any...”, cit., p. 108 ss.

<sup>754</sup> JÓNATAS MACHADO, “A jurisprudência constitucional portuguesa diante das ameaças à liberdade religiosa”, in *BFDC*, n.º 82, 2006, p. 65 ss., p. 85. A “obsessão identitária” dos comunitaristas é objeto de crítica dos libertarismos, *vd.* OLIVIER NAY, *Histoire...*, cit., p. 551 ss.

<sup>755</sup> MARÍA JORQUI AZOFRA, “Defensa de la universalidad de los derechos humanos y protección de las diferencias”, in LAURA MIRAUT MARTÍN (ed.), *Justicia, migración y derecho*, Madrid, Dykinson, 2004, p. 291 ss., p. 298.

<sup>756</sup> JÓNATAS MACHADO, “A jurisprudência...”, cit., p. 87, nota que a perspetiva comunitarista mostra a impossibilidade de garantir uma verdadeira e pura neutralidade mundivisional quando se trata de proceder à identificação, delimitação e ponderação dos bens constitucionais em domínios como o valor da vida, a sexualidade a família, etc., consideradas essenciais para a subsistência da vida social enquanto tal”, abrindo-se ao cultivo de virtudes cívicas e políticas.

peso que lhe atribuem), e não apenas a cada indivíduo determinar a sua concepção pessoal de bem<sup>757</sup>.

Recorrendo à síntese de BRUGGER<sup>758</sup>, os comunitarismos evidenciam como características comuns (baseadas numa determinada antropologia e teoria social) a “comunalidade” (o que implica a determinação de qual o critério para estabelecer a comunidade e determinar o “bem comum”) e a ênfase na liberdade positiva de associação em formas partilhadas de vida (e não na negativa) e na liberdade de autodeterminação através da comunidade<sup>759</sup>. Partilham ainda a procura de uma ponte entre o interesse individual e o Estado, ou seja, ocupam-se das relações triádicas entre os vários elementos da sociedade, desde as associações privadas ao mercado e, daí, ao Estado. Este último deve organizar-se de forma a facilitar a constituição de comunidades, adotando uma atitude de “facilitação, cuidado e coordenação”, que faça naturalmente relevar o princípio da subsidiariedade.

A crítica liberal ao comunitarismo aponta-lhe o facto de aprisionar o indivíduo dentro das comunidades. Porém, partindo de uma concepção de homem como “ser em relação”, “naturalmente social” (retomando de alguma forma o pensamento aristotélico original), a sociabilidade comunitária não tem de ser um limite à liberdade individual, podendo antes revelar-se uma condição desta<sup>760</sup>. A comunidade, por seu turno, não tem de ser concebida como comunidade de destino, podendo apresentar-se, na linha do comunitarismo de AMITAI ETZIONI<sup>761</sup>, como espaço de “federação de vontades”, aberta ao exterior, assente em “valores partilhados” entendidos não como simples normas culturais, mas como conjunto de princípios morais aos quais aderem aqueles que se envolvem numa atividade comum, sendo esta a condição para a

---

<sup>757</sup> AMITAI ETZIONI, “Communitarism”, in JOEL KRIEGER (ed.), *The Oxford Companion to Comparative Politics*, Nova Iorque, Oxford University Press, 2013, p. 221 ss., disponível em <http://icps.gwu.edu/publications/academic-publications/>.

<sup>758</sup> WINFRIED BRÜGGER, “Communitarianism...” cit., p. 433 ss.

<sup>759</sup> Como nota WINFRIED BRÜGGER, “Communitarianism ...”, cit., p. 436, o *BVerfG* adota uma posição “comunitarista” quando acentua a necessidade de o homem ser entendido como ser social: “a imagem de homem na Lei Fundamental não é a de um indivíduo isolado, soberano; antes, a Lei Fundamental decidiu a favor de uma relação entre o indivíduo e a comunidade, no sentido de dependência e compromisso do indivíduo para com a comunidade, sem pôr em causa o valor individual da pessoa” (4 *BVerfGE* 7, 15, seguido em jurisprudência posterior).

<sup>760</sup> OLIVIER NAY, *Histoire...*, cit., p. 533, referindo-se à concepção de Amitai Etzioni.

<sup>761</sup> *Idem*, cit., p. 528 ss.

criação de “laços sociais que não se limitem ao jogo de interesses (como no liberalismo) nem à identidade de tensão (como no multiculturalismo)”<sup>762</sup>. Os valores morais, cuja superioridade face às normas racionais estabelece, não são estabelecidos *a priori*, não são imutáveis nem absolutos, devem antes resultar de um *diálogo moral*, ou seja, de uma discussão aberta sobre os princípios e valores julgados indispensáveis para a boa sociedade, que procura o bem de todos no respeito dos direitos mas também na definição dos deveres<sup>763</sup>.

A proximidade entre multiculturalismo e comunitarismo é evidente, dada a referência comum ao papel fundamental das comunidades na forma de conceber a vida social, a comum recusa de uma visão abstrata de homem e a convergência na importância assumida pelos “patrimónios” (normas, valores, culturas...) ” na construção de laços sociais e no desenvolvimento pessoal<sup>764</sup>. Porém, multiculturalismo e comunitarismo não se confundem<sup>765</sup> e as diferentes variantes do comunitarismo, substantivo ou conservador, universalista-igualitário e liberal<sup>766</sup>, posicionam-se de forma diferente perante a realidade multicultural do Estado.

Assim, não só a discussão sobre o multiculturalismo não assenta hoje já sobre a contraposição entre liberalismo e comunitarismo - respetivamente contrário e favorável ao reconhecimento jurídico-político da diversidade cultural -, como se conclui pela possibilidade quer de um multiculturalismo liberal - relevando a compatibilidade ao menos com um certo tipo de liberalismo<sup>767</sup> - quer de um ‘anti

---

<sup>762</sup> OLIVIER NAY, *Histoire...*, cit., p. 528 ss.

<sup>763</sup> *Idem*, cit., p. 528 ss.

<sup>764</sup> *Idem*, cit., p. 524 ss., WINFRED BRÜGGER, “Communitarianism...”, cit., p. 433 ss. e CARLOS AMARAL, “Comunitarismo”, cit., p. 98 ss. A principal diferença, segundo NAY, é a filiação liberal do multiculturalismo.

<sup>765</sup> Em consequência, se a perspectiva comunitarista se ocupa da procura de um bem comum assente em valores morais partilhados, ou do “restabelecimento da moral”, os multiculturalistas ocupam-se dos direitos reconhecidos às identidades sociais e culturais *reais*, colocando a questão das pertenças culturais do ponto de vista da reflexão sobre os direitos em democracia, *vd.* OLIVIER NAY, *Histoire...*, cit., p. 524 ss., WINFRED BRÜGGER, “Communitarianism...”, cit., p. 433 ss. e CARLOS AMARAL, “Comunitarismo”, cit., p. 98 ss.

<sup>766</sup> WINFRED BRÜGGER, “Communitarianism...”, cit., p. 438 ss..

<sup>767</sup> Há, assim, que distinguir o liberalismo clássico, que defende unicamente direitos dos indivíduos, do liberalismo que tolera os direitos das culturas sempre e quando não sejam contrários aos direitos de liberdade nem infrinjam os princípios liberais, corrente de que é expressão o liberalismo progressista ou culturalista de KYMLICKA, *vd.* MARIA ISABEL GARRIDO GÓMEZ, “El interculturalismo como propuesta de gestión de los derechos de las

multiculturalismo’ de base comunitarista<sup>768</sup>, em que a defesa da identidade cultural serve não a causa da diversidade cultural mas a da coesão ou mesmo da homogeneização cultural e da assimilação. Apercebe-se essa dificuldade em lidar com a diversidade cultural na variante substantiva ou conservadora do comunitarismo<sup>769</sup>, mas também a variante universalista-igualitária pode ser acusada de reconhecer pouco espaço à expressão da diversidade pela ênfase colocada no que é comum a todos<sup>770</sup>. Neste sentido, propostas comunitaristas em que a identidade cultural relevante é a da maioria, por referência à qual se coloca a questão da integração das minorias, bem como propostas de “promoção ativa e militante” de comunidades morais de base étnica, religiosa ou mesmo política e cívico-republicana<sup>771</sup>, podem ser acusadas, entre outras coisas, de traduzir um retorno à assimilação, mesmo que já não de base étnica mas de base jurídica e política (e, neste sentido, pós-étnica). Parece mais defensável a abordagem de certo comunitarismo liberal, promissora na atenção que dedica à articulação entre as diversas comunidades com “estrutura, objetivos, moralidade e justiça” próprios<sup>772</sup>, e que são, afinal, as “comunidades de pertença” do sujeito multicultural, e de um ‘comunitarismo responsivo’ que combina responsabilidade sociais com direitos individuais.

---

minorías culturales”, in ÓSCAR PÉREZ DE LA FUENTE (ed.), *Una discusión sobre la gestión de la diversidad cultural*, Madrid, Dykinson, 2008, p. 109 ss.

<sup>768</sup> JOÃO CARDOSO ROSAS, “Sociedade...”, cit., p. 14.

<sup>769</sup> Assim, WINFRED BRÜGGER, “Communitarianism ...”, cit., p. 438. A variante substantiva ou conservadora, escreve, assenta no pressuposto de que uma comunidade política e jurídica estável necessita sempre de um grau mínimo de homogeneidade interna, garantindo lealdade, compreensão e cuidado mútuos entre as pessoas, bem como, externamente, um distanciamento face aos demais estados e povos. Esta perspetiva pressupõe a homogeneidade ou pelo menos compatibilidade de raças, línguas e religiões e revela dificuldades perante a realidade multicultural da generalidade dos estados.

<sup>770</sup> A variante universalista-igualitária enfatiza dois postulados universais, que DWORKIN formulou como “*equal concern and respect*”, ou seja, igual tomada em consideração pelas necessidades básicas e autodeterminação de todos os povos e igual respeito pelos estilos de vida de todos os indivíduos e grupos. Nesta perspetiva – de HABERMAS e de DWORKIN – o que é privilegiado é o que é comum a todos, que é universal a todos – a capacidade de linguagem e de razão – e, nesse sentido, o que nos diferencia é secundário ou mesmo suspeito. Como tal se revela difícil na atualidade, os defensores desta perspetiva aceitam a existência do Estado-Nação mas defendem a sua progressiva articulação com outros níveis de governança em ordem a atingir um estado de coisas que combata as desigualdades à escala universal, *vd.* WINFRED BRÜGGER, “Communitarianism ...”, cit., p. 439.

<sup>771</sup> Assim também JÓNATAS MACHADO, “A jurisprudência...”, cit., p. 89.

<sup>772</sup> WINFRED BRÜGGER, “Communitarianism ...”, cit., p. 441

Partindo de uma concepção de cultura como ‘bem intrínseco’ e ‘irredutivelmente social’<sup>773</sup>, CHARLES TAYLOR afirma a necessidade de preservar as culturas e de garantir condições para a sua sobrevivência, desenvolvimento e florescimento, o que exige uma política de igualdade formal de direitos entre indivíduos mas também o reconhecimento do igual valor das diversas identidades culturais e, conseqüentemente, de direitos especiais a grupos culturais (o seu multiculturalismo é frequentemente apelidado de ‘multiculturalismo forte’). TAYLOR alerta para a importância do reconhecimento da especificidade (cultural) na construção da identidade, concebida de forma dialógica, e para a necessidade de complementar a ‘política de igual dignidade’ com uma ‘política da diferença’ (aplicável a diferentes grupos sociais, como as minorias étnicas e as minorias imigradas), ambas dimensões da “política do reconhecimento”, que integra a esfera pública e é a base da sua proposta<sup>774</sup>. A exigência do reconhecimento está associada à tese da relação entre reconhecimento e identidade (“*multicultural self*”<sup>775</sup>), nos termos da qual a nossa identidade é formada, em parte, pela existência ou inexistência de reconhecimento e, muitas vezes, pelo reconhecimento *incorreto* dos outros. Assim, “[o] respeito devido não é um ato de gentileza para com os outros. É uma necessidade humana vital”<sup>776</sup>. A passagem da ‘honra’ à ‘dignidade’, e a nova compreensão da identidade individual que surgiu no final do século XVIII como identidade individualizada (no sentido de ‘aquela que é especificamente minha’), noção que surge juntamente com o ideal de ‘autenticidade’ (no sentido de ‘ser verdadeiro para comigo e para com a minha maneira de ser’), associado ao “ideal de originalidade” de inspiração ‘hederiana’, estão na origem desta evolução no sentido da identidade, da

---

<sup>773</sup> CHARLES TAYLOR define os ‘bens irredutivelmente sociais’ de duas formas distintas mas sobrepostas, como bens que tornam concebíveis ações, sentimentos e formas de vida valiosas (*id est*, sede de bens que valorizamos) e como bens que incorporam entendimentos comuns acerca do seu valor (*id est*, como bem), *vd.* SARAH SONG, *Justice...*, cit., p. 17 ss. e ainda, dada a relevância para a problemática dos direitos coletivos, NEUS TORBISCO CASALS, *Minorias culturales y derechos colectivos: un enfoque liberal*, Barcelona, Universidad Pompeu Fabra, 2000, ISBN 8469985094, p. 89, disponível em <http://www.tdx.cat/TDX-1212101-123858>.

<sup>774</sup> CARLOS THIEBAUT, “Charles Taylor: democracia y reconocimiento”, in RAMÓN MAÍZ (org.), *Teorías políticas contemporáneas*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2001, p. 209 ss.

<sup>775</sup> JAN M. BROEKMAN, “Multiculturalism”, in *PyD*, n. ° 48, 2003, p. 15 ss.

<sup>776</sup> CHARLES TAYLOR, *Multiculturalismo. Examinando a política do reconhecimento*, Lisboa, Edições do Instituto Piaget, 1998, p. 46.

relevância moral da diferença e do reconhecimento<sup>777</sup>. Para se compreender a relação entre identidade e reconhecimento tem pois de se tomar em consideração um aspecto definitivo da condição humana, e que é o seu carácter fundamentalmente dialógico: *tornamo-nos* em verdadeiros agentes humanos, capazes de nos entendermos e assim definirmos as nossas identidades, quando adquirimos “linguagens humanas de expressão”<sup>778</sup>.

O argumento de TAYLOR a favor da preservação das culturas foi acusado de incorrer em confusão entre factos e juízos de valor sobre as culturas<sup>779</sup>. A presunção de igual valor entre culturas que avançou mereceu-lhe severas críticas<sup>780</sup>, mas parece todavia expressar a necessidade pedagógica de um “alargamento do diálogo” no sentido de que todas as culturas merecem ser ouvidas, e não, necessariamente, uma predeterminação dos resultados desse estudo ou uma igualdade efetiva entre culturas<sup>781</sup>. Por outro lado, a defesa de uma preservação das culturas pode entrar em conflito com direitos básicos dos membros do grupo, cabendo então perguntar como compatibilizar direitos individuais e bens coletivos<sup>782</sup>, bem como não contempla a possibilidade de desacordo, seja quanto ao que constitui a identidade do grupo (correndo o risco de privilegiar certas ‘versões’), seja o desacordo intergeracional<sup>783</sup>.

A conciliação entre liberalismo e multiculturalismo pode ser ilustrada pelo ‘liberalismo culturalista’ de KYMLICKA, que parte da autonomia e da igualdade para advogar políticas multiculturalistas e a atribuição de direitos multiculturais. O autor canadense sustenta que a liberdade individual implica levar a cabo escolhas entre formas possíveis de viver a vida e concepções de vida boa, bem como a possibilidade de rever as opções tomadas, ou seja, de rever os seus fins<sup>784</sup>. Ou seja, a liberdade

---

<sup>777</sup> CHARLES TAYLOR, *Multiculturalismo...*, cit., p. 49 ss.

<sup>778</sup> *Idem*, cit., p. 52.

<sup>779</sup> Sobre a questão, SARAH SONG, *Justice...*, cit., p. 20.

<sup>780</sup> Por exemplo, veja-se Jürgen HABERMAS, “La lucha...”, cit., p. 209.

<sup>781</sup> Assim, CLIFFORD ORWIN, “Pluralismo...”, cit., p. 127 ss.

<sup>782</sup> Quanto à questão de saber se os direitos individuais poderão ceder para acomodar a integridade de uma determinada forma de vida cultural, TAYLOR responde com a necessidade de distinguir direitos fundamentais que não deverão ser postos em causa, de privilégios e imunidades que são importantes mas poderão ser restringidos por razões de política pública, desde que justificadamente, *vd.* CHARLES TAYLOR, *Multiculturalismo...*, cit., p. 80 e Jürgen HABERMAS, “La lucha...”, cit., p. 189 ss.

<sup>783</sup> SARAH SONG, *Justice...*, cit., p. 21 ss.

<sup>784</sup> WILL KYMLICKA, *Multicultural Citizenship...*, cit., p. 80 ss.

envolve escolhas entre possibilidades e a nossa cultura societal<sup>785</sup> não apenas nos proporciona este leque de opções como nos fornece o contexto necessário para que as percebamos como significativas, dependendo as escolhas relativas às práticas sociais da crença acerca do valor dessas práticas<sup>786</sup>. Os direitos culturais justificam-se com base na importância dos “contextos de escolha” e, por conseguinte, com base na centralidade da autonomia pessoal e das liberdades individuais<sup>787</sup>.

Restará esclarecer se a relação entre liberdade individual e cultura se estabelece em relação à própria cultura, ou exige apenas que a pessoa tenha acesso a ‘culturas’ e, em consequência, se deve ser garantido o acesso à própria cultura, designadamente protegendo-a da desintegração, ou se basta garantir aos membros da cultura minoritária o acesso à cultura majoritária<sup>788</sup>. KYMLICKA sustenta, tendo por base a posição de WALDRON do ‘cidadão cosmopolita’ que se move entre culturas não precisando da ligação à ‘sua’ cultura<sup>789</sup>, que nem as mudanças são tão frequentes, nem estão isentas de custos, o que suscita a questão de saber se às pessoas deve ser exigido que suportem esses custos (que variam consoantes as pessoas e as circunstâncias) a menos que voluntariamente escolham fazê-lo<sup>790</sup>. Ou seja, uma teoria da justiça deve

---

<sup>785</sup> Por “cultura societal” entende-se (WILL KYMLICKA, *Multicultural Citizenship...*, cit., p. 76), uma cultura cujas práticas e instituições proporcionam aos seus membros “modos significativos de vida no que diz respeito ao largo espectro de atividades humanas, incluindo a vida social, educativa, religiosa, recreativa e económica, abrangendo quer a vida privada quer a pública”, culturas geograficamente delimitadas e cujo centro de gravidade gira sobre uma língua partilhada que é de uso diário na maioria das instituições sociais, tanto no campo público como no âmbito privado. Estas culturas nem sempre existiram, resultando do processo de modernização (WILL KYMLICKA, *Estados...*, cit., p. 52).

<sup>786</sup> WILL KYMLICKA, *Multicultural Citizenship...*, cit., p. 83. Assim, “ter uma crença sobre o valor de uma prática é uma questão, em primeiro lugar, relativa à compreensão dos significados atribuídos à mesma pela nossa cultura”, escreve o autor, *Estados...*, cit., p. 65-66.

<sup>787</sup> Criticamente, RAINER FORST, “A critical theory of multicultural toleration”, in *Multiculturalism and Political Theory*, Cambridge University Press, 2007, p. 292 ss., p. 300.

<sup>788</sup> WILL KYMLICKA, *Multicultural Citizenship...*, cit., p. 84 ss.

<sup>789</sup> *Idem*, cit., p. 85 e JEREMY WALDRON, “Minority cultures and the cosmopolitan alternative”, in *UMJLR*, 25, 1992, p. 751 ss. WALDRON sustenta que os exemplos de cidadãos cosmopolitas que se movem entre culturas – como os imigrantes – mostram que não existe uma ligação forte da pessoa à sua cultura; dado que as pessoas não precisam da *sua* cultura, as culturas minoritárias têm, na melhor das hipóteses, direitos negativos, ou seja, o direito à não-interferência, mas não o direito ao apoio e assistência do Estado (e, por conseguinte, o direito à cultura equipara-se à liberdade religiosa).

<sup>790</sup> WILL KYMLICKA, *Multicultural Citizenship...*, cit., p. 85 ss. Sobre os custos de saída e seu sobredimensionamento, vd. DANIEL M. WEINSTOCK, “Liberalism, multiculturalism, and the problem of internal minorities”, in *Multiculturalism and political theory*, cit., p. 244 ss., p. 261-262.

tratar o acesso de uma pessoa à ‘sua’ cultura como algo que é de esperar que as pessoas desejem, qualquer que seja a sua concepção particular de bem, pelo que o abandono da própria cultura deve ser tratado como a renúncia a algo a que se tem razoavelmente direito<sup>791</sup>. Ao contrário do que a liberalização, a modernização e a globalização fariam supor - ou, pelo menos, alguns autores assim o sustentaram - os membros das culturas liberais continuam a valorizar a sua pertença cultural<sup>792</sup>. A importância dos laços culturais para as pessoas e para o seu bem-estar resulta de a pertença cultural providenciar ‘oportunidades significativas’ associadas ao sentido de identidade própria de cada um e à sua autoestima: se uma cultura não é geralmente respeitada, então a dignidade e autorrespeito dos seus membros estará em risco<sup>793</sup>. Em suma, por estas diversas razões, a pertença a uma determinada cultura assume em geral valor para o indivíduo, e KYMLICKA não vê nisso uma incompatibilidade com o pressuposto liberal da “liberdade de escolha”, dado que esta “não é em sentido primário a liberdade de ir para além da sua própria linguagem e história, mas sim a liberdade de se mover no âmbito da própria cultura societal, de se distanciar de certos papéis culturais, de escolher quais os traços da cultura que vale a pena desenvolver e quais não têm valor”<sup>794</sup>. Por seu turno, dado que a liberdade de escolha comporta a possibilidade de cada um rever os seus fins e alterar a sua concepção de bem, “temos um interesse não apenas em prosseguir a nossa concepção de bem, mas também em avaliar e potencialmente rever essa concepção”<sup>795</sup>. Este aspecto (de nítido recorte liberal) permite distinguir a posição de KYMLICKA de posições dado que, enquanto estas sustentam que os indivíduos têm vínculos constitutivos aos seus grupos sub-nacionais (e.g., igrejas, famílias, vizinhança) sendo sustentável limitar as liberdades individuais para promover valores partilhados (o bem comum), e, por conseguinte, impedindo os indivíduos de questionar os seus papéis sociais herdados, condenam-nos a vida de opressão, KYMLICKA insiste na possibilidade de avaliar e rever valores morais e formas tradicionais de vida, ao que deve corresponder não apenas um direito

---

<sup>791</sup> WILL KYMLICKA, *Multicultural Citizenship...*, cit., p. 86.

<sup>792</sup> *Idem*, cit., p. 88.

<sup>793</sup> *Idem*, cit., p. 89-90, apoiando-se em MARGALIT e RAZ, KYMLICKA e YAEL TAMIR, este último salientando o “significado adicional” que a pertença cultural acrescenta às nossas ações, que se tornam não apenas atos de realização pessoal mas também parte de um processo pelo qual a cultura se faz e refaz.

<sup>794</sup> *Idem*, cit., p. 90-91.

<sup>795</sup> *Idem*, cit., p. 92.



a fazê-lo, como condições sociais para fazê-lo (v.g., uma educação liberal). O que torna a cultura nacional insuficiente para os comunitaristas é, afinal, o que a torna adequada para os liberais, ou seja, o facto de fornecer contextos de escolha sem limitar a possibilidade de crítica e revisão<sup>796</sup>.

Como podemos verificar do que vem sendo escrito, a cultura na qual KYMLICKA baseia a sua defesa liberal das pertenças culturais é uma cultura ‘societal’, a qual, pelas suas características, tipicamente corresponde às minorias nacionais mas não às culturas imigrantes<sup>797</sup>. Ora, partindo do pressuposto da ligação forte das pessoas à sua cultura, é legítimo questionar se tal não implica que aos grupos imigrantes devam ser dados os direitos e recursos necessários para recriar, no Estado de acolhimento, as suas culturas societais próprias<sup>798</sup>. KYMLICKA responde em sentido negativo, partindo do argumento liberal da escolha, seja porque a generalidade dos imigrantes (ao contrário dos refugiados) escolheu deixar a sua própria cultura, ou seja, desenraizar-se<sup>799</sup>, seja porque a expectativa de integração não é injusta “desde que os imigrantes tenham a opção de permanecer na sua cultural original”<sup>800</sup>. Tal não implica

---

<sup>796</sup> *Idem*, cit., p. 92-93.

<sup>797</sup> A situação típica dos grupos imigrantes e das minorias nacionais é diferente, o que WILL KYMLICKA, *Multicultural Citizenship...*, cit., p. 77 ss. ilustra por recurso ao exemplo dos EUA. Com efeito, os imigrantes vêm para os países de acolhimento como indivíduos ou famílias, não como comunidades (ob. cit., p. 78) e, mesmo que não sejam encorajados a assimilar-se completamente às normas e costumes da cultura dominante, são encorajados em maior ou menor medida a manter aspectos da sua etnicidade, tendencialmente na esfera privada, podendo ocorrer ainda, em menor grau, algum tipo de reformas institucionais – mas não envolve o estabelecimento de culturas societais distintas e “institucionalmente completas” no sentido visto. Já as minorias nacionais em território americano eram, ao momento da sua incorporação, distintas culturas societais, que não têm de recriar a sua cultura numa terra nova, como os imigrantes, pois já têm uma cultura societal cujas “práticas e instituições definem um leque de opções socialmente significativas para os seus membros” (ob. cit., p. 79), e por cuja manutenção lutam. Sobre esta distinção, criticamente, SARAH SONG, *Justice...*, cit., p. 55 ss. e TARIQ MODOOD, *Multiculturalism...*, cit., p. 30 ss.

<sup>798</sup> WILL KYMLICKA, *Multicultural Citizenship...*, cit., p. 95 ss.

<sup>799</sup> Sobre a distinção entre a situação dos imigrantes e a dos refugiados, WILL KYMLICKA, *Multicultural Citizenship...*, cit., p. 98 ss. KYMLICKA reconhece a dificuldade na distinção entre refugiados involuntários e imigrantes voluntários num contexto mundial de injustiça na distribuição de recursos económicos e de respeito dos direitos humanos (ob. cit., p. 99) o que poderia implicar a reformulação da sua teoria em termos ideais pela aposição de uma condição: se a distribuição de recursos fosse justa, os imigrantes não teriam nenhuma demanda de justiça plausível no sentido de recriarem a sua cultural societal no seu novo país. Mas a distribuição não é justa, pelo que no longo prazo a única coisa a fazer é lutar para que o seja (o que implica ter em conta a realidade dos países de origem) e, entretanto, admitir que os imigrantes de países pobres talvez tenham pretensões mais fortes.

<sup>800</sup> WILL KYMLICKA, *Multicultural Citizenship...*, cit., p. 96.

que os imigrantes voluntários não tenham pretensões relativas à expressão da sua identidade, impondo, como contrapartida, que “se rejeitamos a opção de permitir aos imigrantes recriar a sua cultura societal, então temos de lidar com a questão de assegurar que a cultura principal seja hospitaleira aos imigrantes e à expressão das suas diferenças étnicas”<sup>801</sup>. A integração como processo recíproco (que exige adaptações recíprocas da parte dos imigrantes e da cultura maioritária) exige uma luta contra o preconceito e a discriminação, bem como modificações das instituições e das práticas da cultura dominante destinadas a acomodar a diferença cultural sob a forma de ‘direitos poliétnicos’, mas não a criação de uma cultura societal separada baseada na língua mãe, tanto mais que não há evidência, afirma, de que os imigrantes procurem direitos nacionais<sup>802</sup>. O multiculturalismo de KYMLICKA é, assim, acusado de ser teoricamente pouco simpático com o multiculturalismo imigrante (ainda que, na prática, sustente o reconhecimento de direitos poliétnicos), padecendo de um “viés nacionalista” que ignora a centralidade atual das minorias de origem imigrante na discussão multiculturalista<sup>803</sup>.

Continuando a acompanhar KYMLICKA, podemos então assentir em que a cultura merece proteção porque ela é instrumentalmente valiosa para o indivíduo, permitindo o desenvolvimento da autonomia individual e contribuindo para a autoestima individual. A liberdade depende da cultura, não cabendo conceber a cidadania de forma homogênea, mas *diferenciada*, o que justifica a atribuição de direitos de grupo. Com efeito, não estando o Estado limitado por nenhum mandamento de neutralidade etnocultural, o argumento da igualdade<sup>804</sup> permite basear a necessidade de reconhecimento cultural no argumento de que os membros das minorias se encontram em posição de desvantagem no acesso às suas culturas face aos

---

<sup>801</sup> *Idem*, cit., p. 96.

<sup>802</sup> *Idem*, cit., p. 98.

<sup>803</sup> TARIQ MODOOD, *Multiculturalism...*, cit., p. 30 ss.

<sup>804</sup> Ao argumento da igualdade para a reivindicação de direitos diferenciados de grupo para minorias nacionais somam-se o argumento dos pactos históricos e o argumento do valor autónomo da diversidade cultural, *vd.* WILL KYMLICKA, *Multicultural Citizenship...*, cit., p. 121 ss. Interessa-nos sobretudo aprofundar este último, dada a relevância que pode assumir no contexto dos direitos das minorias imigradas (direitos poliétnicos, na terminologia de KYMLICKA), o que faremos *infra*.

membros da maioria, devendo ser compensadas por proteções/ direitos diferenciados em função do grupo/minoria, tratando-se, pois, de uma *questão de justiça*<sup>805</sup>.

Verificamos, por conseguinte, a tensão que o multiculturalismo introduz na conceptualização da igualdade, no sentido em que coloca em diálogo diferentes aceções de igualdade, distintas mas complementares: a formal e a material, a absoluta e a relativa, a do ‘tratamento igual’ e a do ‘tratamento com iguais’. Assim, se o reconhecimento das identidades culturais suscita o receio pelo comprometimento da política de igual dignidade que contribuíra para a fundação do projeto político da modernidade<sup>806</sup>, sacrificando as liberdades individuais, a universalidade e a justiça pela introdução de novas formas de diferenciação e de fragmentação social<sup>807</sup>, pode, na perspetiva do multiculturalismo liberal, sustentar-se o seu reconhecimento com base no princípio da igualdade e do tratamento de todas as pessoas como iguais.

Como vimos, a importância da cultura enquanto contexto de realização de escolhas e a não neutralidade cultural do Estado permitem fundamentar o recurso à figura dos direitos coletivos. Todavia, é possível sustentar, como faz HABERMAS, a necessidade de reconhecimento da identidade cultural a partir da garantia da igualdade de liberdades éticas para todos, que supõe que cada pessoa possa escolher livremente os seus fins, sem que daí resulte a necessidade de recorrer aos direitos de grupo para proteger essa identidade cultural. Concebida a identidade intersubjetivamente (*id est*, consubstanciada através de um processo de socialização), “uma teoria dos direitos corretamente entendida exige uma política do reconhecimento que proteja a integridade do indivíduo *inclusive* nos contextos da vida nos quais a sua identidade se forma”, o que não exige uma correção do projeto individualista do sistema de direitos mas apenas a sua atualização consistente<sup>808</sup>. Ou,

---

<sup>805</sup> WILL KYMLICKA, *Multicultural Citizenship...*, cit., p. 108 ss. A pertença a uma cultura minoritária não é, para o autor, uma questão de escolha, pelo que se justifica, à luz da perspetiva liberal, não apenas uma atitude não intervencionista do Estado mas que o Estado compense os indivíduos por desigualdades que resultam de algo que não lhes foi dado escolher. Contra, BRIAN BARRY, *Culture and Equality*, Harvard University Press, 2001, *passim*. A isto voltaremos *infra*.

<sup>806</sup> PATRICK SAVIDAN, *Le mulitculturalisme*, cit., p. 44.

<sup>807</sup> Ainda que, todavia, seja com base nessa mesma dignidade que autores como CHARLES TAYLOR sustentam a necessidade do *reconhecimento*.

<sup>808</sup> JÜRGEN HABERMAS, “La lucha por el reconocimiento en el Estado democrático de derecho”, in JÜRGEN HABERMAS, *La inclusión del otro. Estudios de teoría política*, Barcelona, Paidós, 1999, p. 189 ss., p. 195. Em sentido concordante, PATRÍCIA JERÓNIMO, “Direito...”, cit., p. 365 ss.

pelo menos, reivindicar um multiculturalismo que não se centre nos direitos dos grupos, mas nos indivíduos<sup>809</sup>.

Verificamos, pois, que a proteção da cultura se justifica pelo papel que esta desempenha na vida dos seres humanos, como contexto de escolha necessário ao exercício da autonomia ou como dimensão constitutiva da identidade pessoal<sup>810</sup>. Aprofundando por sua vez a dimensão identitária, a referência à liberdade de desenvolvimento pessoal permite evidenciar a articulação entre uma liberdade de escolha na construção da própria identidade (liberdade de identidade) e uma liberdade face à adscrição de uma identidade (liberdade *face* à identidade). Considerando que uma pessoa pertence a muitos grupos diferentes (determinados em função da ‘raça’, religião, sexo, classe social, família linguística), “vê-la meramente como membro de um único grupo em particular seria uma grave negação dessa liberdade que assiste a cada pessoa de decidir os precisos termos em que a si mesma se quer ver. A crescente tendência de se ver as pessoas à luz de uma “identidade dominante” (...) corresponde, não só à imposição de uma prioridade externa e arbitrária, mas também à negação de uma importante liberdade: a liberdade de cada pessoa poder decidir acerca das suas próprias lealdades em relação a diferentes grupos (a todos quanto pertença)”<sup>811</sup>. Esta dimensão, a da identificação individual e ‘experiência’ pessoal da identidade cultural tem sido, como justamente observou SARAH SONG, algo negligenciada pela teoria multiculturalista<sup>812</sup>.

A defesa de um compromisso com a viabilidade e o florescimento de uma cultura pode, por conseguinte, ser sustentado a partir de premissas liberais, e não apenas em benefício de culturas minoritárias mas também de uma cultura maioritária - e foi-o, em concreto, pelos nacionalistas liberais, para sustentar a viabilidade das culturas nacionais por extensão do “compromisso liberal fundacional” com a liberdade individual<sup>813</sup>. A participação numa cultura nacional não limita as escolhas dos indivíduos, antes lhes dá sentido. Ou, retomando a formulação de MARGALIT e

---

<sup>809</sup> ANNE PHILLIPS, *Multiculturalism...*, cit., *passim*.

<sup>810</sup> Sobre esta dupla fundamentação e as suas diferentes implicações no que diz respeito ao papel do Estado perante as culturas, *vd.* MENACHEM MAUTNER, “From ‘Honor’ ...”, cit., p. 614 ss.

<sup>811</sup> AMARTYA SEN, *A ideia...*, cit., p. 337.

<sup>812</sup> SARAH SONG, *Justice...*, cit., p. 30 ss.

<sup>813</sup> WILL KYMLICKA/CHRISTINE STRAEHLE, “Cosmopolitanism...”, cit., p. 71 ss.

RAZ, “ a familiaridade com uma cultura determina as fronteiras do imaginável”<sup>814</sup>. Porque as “narrativas culturais” são fundamentais para que os indivíduos tomem decisões sustentadas sobre como conduzir a sua vida, os indivíduos devem proteger as suas culturas da corrupção ou decadência estrutural, não porque sejam valiosas por si mesmas mas porque fornecem um espectro e um contexto de opções significativas. Isto permite compatibilizar liberdade individual e pertença a uma cultura nacional, percebendo a liberdade em comunhão com a pertença a uma nação cultural, ao invés de ver essa pertença como “uma preferência irracional e antiliberal” a favor da identidade do grupo<sup>815</sup>.

O reconhecimento das culturas pode, ainda, justificar-se com base em razões históricas, sejam estas os pactos históricos a que alude KYMLICKA<sup>816</sup>, as delimitações históricas da tolerância a que alude WALZER ou a necessidade de reparação da injustiça histórica<sup>817</sup>. Muito sugestivamente, WALZER contrapõe os modelos de sociedade tolerante em que os limites da tolerância estão traçados historicamente (como os impérios multinacionais, o modelo de consocialismo e os Estados-Nação) aos modelos em que esses limites não estão traçados, e terão de sê-lo politicamente, sendo este o caso das sociedades de imigração (oriundas da imigração, ou Estados-Nação em que a imigração assume grande protagonismo)<sup>818</sup>. Este argumento reforça a importância de ajustar a justificação normativa ao contexto social e histórico<sup>819</sup>. SONG sustenta que a relação entre ‘opressão passada’ e ‘desvantagem presente’ é fundamental para iluminar a diferença entre as diversas pretensões de acomodação,

---

<sup>814</sup> A. MARGALIT E J. RAZ *apud* WILL KYMLICKA/CHRISTINE STRAEHLE, “Cosmopolitanism...”, cit., p. 71.

<sup>815</sup> WILL KYMLICKA, *Estados...*, cit., p. 57 ss.

<sup>816</sup> WILL KYMLICKA, *Multicultural Citizenship...*, cit., p. 121 ss.

<sup>817</sup> Sobre este argumento, SARAH SONG, *Justice...*, cit., p. 53 ss. De uma perspectiva pós-colonial, a defesa das culturas pode vir justificada não a partir do seu valor ou do que representa para a autonomia individual, mas da obrigação dos Estados colonizadores de reparação da *injustiça histórica* face aos povos nativos, *vd.* SARAH SONG, “Multiculturalism”, in EDWARD N. ZALTA (ed.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Winter 2010 Edition)*, disponível em <http://plato.stanford.edu/archives/win2010/entries/multiculturalism/> [26/07/2013].

<sup>818</sup> MICHAEL WALZER, “The politics of difference: statehood and toleration in a multicultural world”, in *RJ*, 10, n. ° 2, 1997, p. 165 ss., p. 172 e, desenvolvidamente, *On toleration*, New Haven, Yale University Press, 1997, p. 14 ss.

<sup>819</sup> RAINER FORST, “Toleration”, *The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Summer 2012 Edition)*, EDWARD N. ZALTA (ed.), URL = <<http://plato.stanford.edu/archives/sum2012/entries/toleration/>>.

designadamente, a distinção entre as pretensões de minorias autóctones (e.g. aborígenes) e as pretensões de grupos imigrantes, fornecendo uma alternativa ao argumento político-sociológico de existência de uma cultura societal e ao argumento da escolha avançados KYMLICKA, a que aludimos *supra*<sup>820</sup>.

A necessidade de reconhecer a identidade cultural pode ainda resultar do valor intrínseco e autónomo da diversidade cultural, caso em que se trata de reconhecer o interesse da comunidade *como um todo* em favorecer a diversidade cultural<sup>821</sup>. A diversidade (inter)cultural é valiosa seja no sentido estético de criar um mundo mais interessante, seja porque as outras culturas contêm modelos de organização social com os quais se pode aprender<sup>822</sup>. Nesta perspetiva, a diversidade cultural (diversidade intra e intercultural) enriquece a nossa experiência, aumentando a quantidade de recursos culturais aos quais temos acesso, o que permite justificar por si culturas com características distintas da maioritária<sup>823</sup>, mas permite igualmente considerar que a diversidade assume ‘valor humano’ de uma perspetiva individual-subjetiva, na medida em que permite ao indivíduo fazer escolhas entre perspetivas éticas e valores<sup>824</sup>. Como a discussão sobre a admissibilidade de medidas de ação afirmativa nas universidades (designadamente, norte-americanas) demonstra<sup>825</sup>, esta diversidade cultural pode ser sustentada pelo benefício que resulta para a comunidade de a preparação dos estudantes para a sua vida profissional futura (e para as responsabilidades que aí assumirão) se dar num contexto que reproduz de forma aproximada o contexto de diversidade em que irão viver e para o qual tomarão as suas decisões (para além das outras dimensões normalmente envolvidas na discussão) – ou seja, para atingir o interesse de um ambiente do *campus* diversificado, entendendo-se

---

<sup>820</sup> SONG, Sarah, *Justice...*, cit., p. 55 ss., notando que, em todo o caso, o argumento da injustiça histórica subjaz à distinção do autor.

<sup>821</sup> Ou seja, de “uma inovação normativa que permite acomodar argumentos de tipo utilitarista”, escreve PATRICK SAVIDAN, *Le multiculturalisme*, cit., p. 93.

<sup>822</sup> WILL KYMLICKA, *Multicultural Citizenship...*, cit., p. 121.

<sup>823</sup> PATRICK SAVIDAN, *Le multiculturalisme*, cit., p. 92.

<sup>824</sup> Sobre a questão, remetemos para as considerações de KYMLICKA *supra* referidas para OTFRIED HÖFFE, *Derecho...*, cit., p. 189, considerando que a diversidade não é apenas uma propriedade observável, assumindo valor humano pelas possibilidades que abre à escolha de uma vida com sentido.

<sup>825</sup> Sobre as medidas de ação afirmativa no ensino superior norte-americano, *vd.* n. seguinte e RONALD DWORKIN, “The Court and the University”, *The New York Review of Books*, 15/05/2003, disponível em [www.nybooks.com](http://www.nybooks.com).

esta diversidade em termos raciais ou como diversidade cultural em sentido amplo<sup>826</sup>. E, nesse sentido, traduz também um ganho democrático.

Para KYMLICKA, o argumento do valor autónomo da diversidade não serve para justificar, por si só, os direitos das minorias nacionais<sup>827</sup>, seja porque a diversidade de culturas não expande o leque de escolhas da mesma forma que a diversidade intracultural, dados os custos associados ao abandono da própria cultura - podendo aliás a proteção dos grupos minoritários contribuir para reduzir a diversidade interna da cultura maioritária -, seja porque é discutível que os outros benefícios estéticos e educativos gerados pela diversidade sejam suficientes para contrabalançar os custos que o seu reconhecimento representa para a maioria<sup>828</sup>, seja finalmente porque daí poderia resultar a imposição de um dever, para os membros da minoria, de preservação da sua cultura tradicional, retirando-lhes o poder de decidir se e como manter a sua cultura<sup>829</sup>. Por isso, os benefícios difusos da diversidade cultural serão mais propriamente um “desejável subproduto” dos direitos de grupo do que a sua justificação primária<sup>830</sup>. O argumento da diversidade será mais forte na defesa de direitos poliétnicos em relação às comunidades imigrantes, já que estes contribuem diretamente para a diversidade da cultura maioritária e não envolvem o mesmo tipo de restrições que os direitos das minorias nacionais para as oportunidades e direitos das maiorias. Mas também aí se coloca a questão da escolha entre formas de proteção da

---

<sup>826</sup> Em *Regents of the University of California v. Bakke*, 438 U.S. 265 (1978), o *Supreme Court* considerou inválidas as medidas de ação afirmativa da Escola Médica da Universidade da Califórnia, por entender que reservar lugares para não-brancos violava o Título VI do *Civil Rights Act* de 1964. O Juiz Powell formulou então, na sua *Opinion*, um parágrafo que viria a tornar-se a sustentação constitucional dos programas de ação afirmativa no ensino superior, distinguindo as preferências de grupo como tal das preferências de grupo como instrumentos de diversificação cultural, considerando que o estatuto etnoracial podia ser levado em conta, entre outras considerações, para atingir o interesse de um *campus* diversificado. Sobre a questão, DAVID HOLLINGER, *Postethnic...*, cit., p. 235 ss., pós-escrito de 2005 intitulado “Culture, Color and Solidarity”. Mais recentemente, voltando à admissibilidade da ação afirmativa, em *Grutter v. Bollinger*, 539 U.S. 306 (2003), na sua Opinião maioritária, a Juiz O'Connor sustentou a invocação do interesse na promoção da diversidade na educação pública superior dados os benefícios que traz, mas uma diversidade cultural concebida não como racial mas de forma mais ampla. Sobre a questão, JUSTIN DESAUTELS-STEIN, “Race as a legal concept”, in *CJRL*, vol. 2, 1, 2012, p. 1 ss., p. 30 ss.

<sup>827</sup> WILL KYMLICKA, *Multicultural Citizenship...*, cit., p. 121 ss.

<sup>828</sup> *Idem*, cit., p. 122. Assim, haverá formas menos onerosas de proteção da diversidade, para a maioria, do que o reconhecimento de direitos de grupo, por exemplo fomentar a imigração.

<sup>829</sup> *Idem*, cit., p. 122-123.

<sup>830</sup> *Idem*, cit., p. 123.

diversidade e, por isso, também aí é válido que o argumento da diversidade complementa, mas não substitui, os argumentos da igualdade e dos pactos históricos<sup>831</sup>.

Torna-se aqui evidente o paralelismo entre a defesa do valor da diversidade cultural e a defesa do valor da diversidade - *maxime* genética - de espécies e consequente proteção das espécies em risco, também sustentada a partir do interesse estético na diversidade e no benefício que pode ser retirado da diversidade étnica<sup>832</sup>. O que, quanto a nós, implica perguntar se, paralelamente ao que sucede em relação à natureza e ao ambiente, cuja proteção se pode sustentar por si mesma, caberá outra perspetiva (“culturocêntrica”) que não uma perspetiva antropocêntrica de proteção da cultura<sup>833</sup>.

HABERMAS sustenta que o ponto de vista ecológico de conservação das espécies não pode transpor-se para as culturas<sup>834</sup>. Estas só são dignas de proteção na medida em que servem os seus membros, não se lhes aplicando a “lógica da preservação das espécies” que aplicamos à natureza pois as culturas só fazem sentido se e na medida em que se lhes reconheça a capacidade de mudarem, se reinventarem e, em última análise, desaparecerem, caso todos os seus membros as abandonem<sup>835</sup>. A identidade cultural está entretecida com a identidade coletiva e, por isso, o indivíduo é portador dos correspondentes “direitos de pertença cultural”, não sendo necessária nenhuma fundamentação especial nem nenhum outro princípio que não o da integridade da pessoa individual: esta, considerada normativamente, “não pode ser garantida sem a proteção daqueles âmbitos partilhados de experiência e vida nos quais

---

<sup>831</sup> *Idem*, cit., p. 123.

<sup>832</sup> Assim, WILL KYMLICKA, *Multicultural Citizenship...*, cit., p. 121, n. 14. A diversidade cultural deveria assim ser protegida tal como a biodiversidade, sendo esta a orientação adotada pela UNESCO na *Declaração Universal sobre a Diversidade Cultural* (Paris, 2 de novembro de 2001). Esta perspetiva tem, por exemplo, reflexo na defesa da preservação da diversidade linguística com base na preservação da biodiversidade e na “analogia do jardim linguístico”, como dá conta BARBARA POZZO, “Linguistic Diversity in the European Union: in BARBARA POZZO (ed.), *Multiculturalisms: different meanings and perspectives of multiculturalism in a global world*, Berna/Bruxelas, Stampfli/Bruylant, 2009, p. 261 ss.

<sup>833</sup> Aludimos aqui à querela ecocentrismo vs. antropocentrismo e às diversas perspetivas relativas à proteção do ambiente, *vd.* VASCO PEREIRA DA SILVA, *Verde Cor de Direito*, Coimbra, Almedina, 2002, p. 25 ss.

<sup>834</sup> JÜRGEN HABERMAS, “La lucha...”, cit., p. 208 ss., p. 210. Em sentido concordante, PATRÍCIA JERÓNIMO, “Direito...”, cit., p. 365 ss.

<sup>835</sup> JÜRGEN HABERMAS, “La lucha...”, cit., p. 208 ss.



foi socializada e nos quais formou a sua identidade”<sup>836</sup>. Assim, dispensam-se os direitos coletivos (que sobrecarregariam em termos discutíveis a teoria individualista dos direitos) para a coexistência em igualdade de direitos dos diferentes grupos étnicos e das suas formas de vida culturais<sup>837</sup>. A dinâmica de sobrevivência das tradições culturais e formas de vida que nelas se articulam reproduzem-se normalmente porque *convencem* aqueles que as abraçam e as incorporam na sua identidade. Em conformidade com os seus pressupostos, ao Estado de Direito só cabe “possibilitar esse rendimento hermenêutico da reprodução cultural dos mundos da vida, já que uma garantia de sobrevivência roubaria aos membros precisamente a liberdade de dizer sim ou não, que (...) constitui condição necessária para a apropriação e preservação de uma herança cultural”. Segundo as condições de uma cultura que se tornou reflexiva só podem manter-se as tradições e formas de vida que *vinculam* os seus membros desde que se submetam a um exame crítico e permitam às gerações futuras a opção de aprender com outras tradições ou de conversão a outra cultura<sup>838</sup>.

O argumento do valor da diversidade cultural é ainda acusado de ser usado de modo incorreto para retirar da simples existência benéfica do pluralismo cultural a necessidade de reconhecer, como igualmente valiosas, todas as culturas e todas as suas práticas e costumes - somente por serem diferentes das culturas maioritárias e sem tomar em conta a compatibilidade das suas práticas e costumes com, pelo menos, os postulados básicos da democracia e da dignidade das pessoas - conduzindo a um ‘inaceitável’ relativismo<sup>839</sup>. Pode ainda contestar-se o valor da diversidade e do pluralismo de facto em si, sobretudo se, pelo seu desenvolvimento exponencial, se considerar posta em risco a coesão, a paz social, a estabilidade, que são também valores socialmente relevantes. Ignorar a questão dos limites à “sociedade aberta”<sup>840</sup> e assumir que “uma diversidade cada vez maior e, portanto, radical e radicalizante, seja por definição um ‘enriquecimento’” pode ser acusado, escreve SARTORI, de

---

<sup>836</sup> *Idem*, cit., p. 209.

<sup>837</sup> *Idem*, cit., p. 210.

<sup>838</sup> *Idem*, cit., p. 210.

<sup>839</sup> MIGUEL CARBONNEL, “Constitucionalismo...”, cit., p. 32.

<sup>840</sup> Ou seja, recorrendo à formulação de GIOVANNI SARTORI, *La sociedad...*, cit., p. 15, determinar até que ponto pode uma sociedade ser “aberta” sem se autodestruir, explodindo ou implodindo.

“perturbadora superficialidade”<sup>841</sup>, notando que uma coisa é reconhecer graus de heterogeneidade ou multiculturalidade, outra bem diferente afirmar uma obrigação de multiculturalização<sup>842</sup>.

As teorias multiculturalistas foram acusadas, pelas ciências sociais<sup>843</sup>, de padecer de um certo ‘culturalismo’, tendendo a apresentar as culturas como um todo orgânico, homogêneo e coerente, com existência própria, o que conduziria a sobrestimar os fenómenos de estabilidade e reprodução cultural e a ignorar a heterogeneidade e complexidade interna de cada comunidade, bem como a ignorar os processos (construção, desconstrução e reconstrução) que ocorrem nas culturas em situação de ‘contacto cultural’ e que determinam que as culturas sejam, em maior menor medida, “mistas”<sup>844</sup>. Tendem, por conseguinte, a sobrevalorizar a natureza imperativa das tradições<sup>845</sup> e a atribuir às culturas uma fixidez que elas não têm, ignorando que, mais que a pureza ou a autenticidade, é às capacidades de evolução e de adaptação que devem a sua sobrevivência<sup>846</sup>. O ‘essencialismo’ das perspetivas adotadas (veiculando a ideia de que as culturas possuem uma essência) conduz a uma personificação da cultura, o que justifica o argumento de alguns multiculturalistas em defesa de uma “metáfora organicista” e de um valor próprio da cultura *qua tale* que a tornaria digna de proteção – ignorando, por conseguinte, que as culturas não existem por si nem podem ser apreendidas independentemente dos indivíduos e dos quadros sociais em que se inserem<sup>847</sup>. A legitimidade do projeto político de reconhecimento é posta em causa pela própria natureza plural, efêmera e difícil de definir da cultura, objeto de diferentes abordagens nas ciências sociais (de pendor ora objetivo ora subjetivo<sup>848</sup>) e cujo conceito permanece como essencialmente controvertido<sup>849</sup>.

---

<sup>841</sup> GIOVANNI SARTORI, *La sociedad...*, cit., p. 54.

<sup>842</sup> *Idem*, cit., p. 63.

<sup>843</sup> MILENA DOYTCHÉVA, *Le multiculturalisme*, cit., p. 97 ss. Sobre o conceito de cultura nas ciências sociais, desenvolvidamente, DENYS CUCHE, *La notion...*, cit. e, entre nós, PATRÍCIA JERÓNIMO, “Direito...”, cit., p. 345 ss., sobre o contributo da antropologia.

<sup>844</sup> DENYS CUCHE, *La notion...*, cit., p. 74.

<sup>845</sup> Sobre o conceito de “cultura tradicional”, vd. DENYS CUCHE, *La notion...*, cit., p. 138 ss.

<sup>846</sup> MILENA DOYTCHÉVA, *Le multiculturalisme*, cit., p. 99.

<sup>847</sup> *Idem*, cit., p. 100 e TARIQ MODOOD, *Multiculturalism...*, cit., p. 87 ss.

<sup>848</sup> Segundo a *abordagem objetiva*, a cultura “designa um conjunto de representações e práticas adquiridas pelo indivíduo em coletividades, como as artes e as técnicas, as normas e os valores, as crenças, a língua”. As *análises subjetivas*, mais recentes, acentuam “a dimensão simbólica dos fenómenos culturais que podem ser vistos como processos adaptativos de

Do mesmo passo, as perspectivas multiculturalistas tendem a ignorar a natureza compósita e complexa da identidade humana em benefício da presunção do caráter ‘primordial’ da identidade étnica. Ora, a identidade cultural - conceito que se caracteriza, nas ciências sociais, pela sua polissemia e fluidez<sup>850</sup> - é uma das componentes da ‘identidade social’ do indivíduo, que corresponde ao conjunto de pertenças de cada um no sistema social (classe, sexo, idade, nação), permitindo-lhe aí se identificar. A identidade não diz apenas respeito ao indivíduo, mas também aos grupos, identificando-os e distinguindo-os dos demais<sup>851</sup>. A meio caminho entre concepções objetivistas e subjetivistas<sup>852</sup> de identidade cultural, a opção proposta por alguns autores é a adoção de uma ‘concepção relacional e situacional’, que acentua que a identidade se constrói e reconstrói permanentemente no contexto das trocas culturais<sup>853</sup>. Os membros de um grupo não são, nesta perspectiva, “absolutamente determinados pela sua pertença etnocultural, pois são eles mesmos os atores que atribuem uma significação àquela em função da situação relacional na qual se encontram”<sup>854</sup>. Esta perspectiva permite evitar a confusão entre cultura e identidade - participar de uma cultura particular não implica ter automaticamente uma identidade particular. Ora “na medida em que a identidade resulta de uma construção social, ela participa da complexidade do social. Pretender reduzir cada identidade cultural a uma

---

comunicação e produção de sentido”, *vd.* MILENA DOYTCHÉVA, *Le multiculturalisme*, cit., p. 100.

<sup>849</sup> MILENA DOYTCHÉVA, *Le multiculturalisme*, cit., p. 100-101.

<sup>850</sup> DENYS CUCHE, *La notion...*, cit., p. 98.

<sup>851</sup> *Idem*, cit., p. 98.

<sup>852</sup> Sobre estes conceitos, DENYS CUCHE, *La notion...*, cit., p. 98 ss. Em termos sumários, as concepções objetivas descrevem a identidade cultural a partir de um conjunto de critérios considerados como objetivos (origem comum, língua, hereditariedade, religião, personalidade de base, ligação a um território...), assumindo variações (e.g. concepções essencialistas, culturalistas, primordialistas). Contrariamente a estas, entendendo que a identidade cultural não pode reduzir-se a uma dimensão atributiva e a um fenómeno estático que remete para uma comunidade imutável, as concepções subjetivistas contrapõem o conceito de identidade etnocultural como “um sentimento de pertença ou a identificação com uma comunidade mais ou menos imaginária”. Esta concepção conduz, no extremo, nota CUCHE, a reduzir a identidade a uma escolha individual arbitrária e a concebê-la de forma efémera, quando, não raramente, as identidades se revelam relativamente estáveis.

<sup>853</sup> Assim, DENYS CUCHE, *La notion...*, cit. p. 100 ss.

<sup>854</sup> *Idem*, cit. p. 101. “Identificação” e “diferenciação” andam a par – o que separa dois grupos culturais, não é a diferença cultural (inventariada por traços culturais) mas a “vontade de diferenciação e a utilização de traços culturais como marcadores de identidade específica”, escreve CUCHE, *ob. cit.*, p. 113 ss.

definição simples, “pura”, ignora a heterogeneidade de todos os grupos sociais”<sup>855</sup> e a multidimensionalidade das identidades individuais.

Das ciências sociais vem também a crítica ao recurso ao conceito de ‘cultura de origem’ (ou cultura como “bagagem” que se pode transportar connosco quando migramos) a propósito da imigração<sup>856</sup>. Para além das dificuldades de determinação de um conceito operativo de ‘origem’ (por vezes resolvidas identificando a cultura de origem com a ‘cultura nacional do país de origem’ e ignorando, por conseguinte, o carácter heterogéneo das culturas nacionais), este entendimento conduz a um conceito reificado de cultura, a subestimar a mudança cultural que a migração produz nos migrantes e na ‘sociedade de origem’ e a obscurecer as reinterpretações complexas geradas pelas e nas culturas em virtude do contacto entre culturas<sup>857</sup>. A noção de “cultura de origem” ignora ainda – o que nos parece uma questão fundamental - a diversidade social dos imigrantes, ainda que oriundos de uma mesma sociedade, mostrando-se *a fortiori* desadequada no caso dos ditos imigrantes de segunda geração. A recomposição das culturas imigradas e a integração dos imigrantes dependem de uma pluralidade de fatores - e.g. tipo de imigração (comunitária, individual, familiar), tipo de relação seja com o país de acolhimento seja com o país de origem (e da relação entre estas, e.g. colonialismo), características do país de destino e do modelo de integração adotado pelo Estado, pelo que as culturas dos imigrantes serão, com mais propriedade, descritas como ‘culturas mistas’ produzidas, praticamente ‘em direto’ perante o observador<sup>858</sup>.

Deixe-se claro que estas críticas não implicam, necessariamente, uma rejeição do multiculturalismo. Com efeito, o reconhecimento das múltiplas pertenças e dos processos dinâmicos de construção da identidade e de relação entre as culturas não significam a desnecessidade de conceber mecanismos destinados a proteger a possibilidade de os indivíduos se identificarem com essas culturas e preservá-las, se

---

<sup>855</sup> *Idem*, cit. p. 108.

<sup>856</sup> Para esta crítica, seguimos DENYS CUCHE, *La notion...*, cit., p. 132 ss.

<sup>857</sup> *Idem*, cit., p. 132-133.

<sup>858</sup> *Idem*, cit., p. 134 ss. O que não significa negar o significado das evocações das origens pelos imigrantes, como forma de inscrição numa memória coletiva ou numa história familiar, ou parte de uma narrativa de fidelidade assente na preservação de “tradições” (que, descontextualizadas, vão perdendo o seu significado funcional).

assim o entenderem<sup>859</sup>. Nem devem perder-se de vista as especificidades da regulação normativa, como bem alerta DOYTCHÉVA<sup>860</sup>. Todavia, as críticas ao conceito de cultura pressuposto nos debates iniciais da teoria multiculturalista motivaram interessantes reconceptualizações destinadas a incorporar esta perspectiva mais dinâmica das culturas e das relações do indivíduo com aquelas.

É um conceito de cultura deste tipo (mas ainda assim com variantes) que encontramos nas obras de PAREKH e TULLY<sup>861</sup> e, depois, em vários autores da segunda vaga de multiculturalismo como SHACHAR, WILLIAMS, BENHABIB e SONG, entre outros. Adotando o conceito de PAREKH, a cultura é um sistema de sentido e significado criado historicamente ou, o que avulta ao mesmo, um sistema de crenças e práticas em torno das quais um grupo de seres humanos compreende, regula e estrutura as suas vidas individuais e coletivas<sup>862</sup>. A importância de não “essencializar” ou reificar o conceito de cultura é igualmente salientada por HORTON notando que, sem prejuízo da ideia de diferenças culturais sistemáticas, as culturas, especialmente nas sociedades modernas, não podem distinguir-se entre si com precisão<sup>863</sup>.

Por reação às concepções apolíticas, as concepções mais políticas de cultura, sensíveis aos ‘contextos’ em que se manifestam as reivindicações culturais (“claims of culture”), contestam as ditas visões reificadas e essencializadas de cultura em benefício de uma perspectiva mais dinâmica que leve em conta as relações de poder no seio das culturas e as interações entre culturas e a forma como esses contactos originam reinterpretações das tradições e práticas culturais das culturas majoritária e minoritária e, designadamente, a forma como o Estado, o seu Direito e as suas instituições político-governativas influenciam as relações de poder intra e

---

<sup>859</sup> WILL KYMLICKA, *Multicultural Citizenship...*, cit., p. 103.

<sup>860</sup> MILENA DOYTCHÉVA, *Le multiculturalisme*, cit., p. 104.

<sup>861</sup> A compreensão da cultura adotada por TULLY, entendida na sua diversidade interna e de forma não essencialista, aceitando a capacidade de mudança, leva a uma “teoria intercultural da constituição e da política do reconhecimento”, intercultural no sentido em que cada cultura, e cada indivíduo portador de uma específica cultura, “se forma num processo contínuo de intercâmbio e mistura com as outras culturas”, pelo que o reconhecimento da diversidade não toma a forma de uma “tolerância do estranho”, de cunho excecional, mas representa “uma condição constitutiva da nossa multifacetada unidade individual, social e política”, nota FRANCESCO BELVISI, “Società...”, cit., p. 89 e 90 e JAMES TULLY, *Strange...*, cit., p. 177-178 e 183 ss.

<sup>862</sup> BHIKHU PAREKH, *Repensando...*, cit., p. 218.

<sup>863</sup> John HORTON, “Liberalism...”, cit., p. 27.

intercomunitárias<sup>864</sup>. Salientam a importância de levar em conta as dinâmicas de construção das identidades coletivas e manifestam preferência por soluções destinadas a criar espaços internos de mudança, contestação e ressignificação, *id est*, no interior e a partir das próprias culturas minoritárias<sup>865</sup>, seja pela criação de condições jurídico-institucionais de abertura, seja procurando garantir às mulheres e a outras minorias internas acesso e participação nos processos de deliberação relativos às suas comunidades<sup>866</sup>.

Esta consciência de que as culturas não existem previamente a interações sociais e políticas, antes são criadas através delas, tem uma consequência normativa fundamental, como assinala SONG, que é a de deslocar a base de avaliação dos ‘traços culturais’ supostamente inerentes aos grupos para as práticas e afiliações culturais e seus efeitos sociais e políticos. Ou seja, a questão fundamental deixa de ser saber se as culturas devem ser preservadas com base numa avaliação dos seus traços característicos, mas se uma pretensão feita em nome de uma cultura deve ser acomodada.

A atenção move-se, por conseguinte, da determinação do que as culturas são (e da sua boa fé) para o conteúdo das reivindicações culturais<sup>867</sup>, desaconselhando abordagens que classifiquem as culturas, em bloco, como “iliberais”. Ora, refletindo a complexidade do conceito de cultura, nem sempre se afigura fácil a determinação do significado cultural de uma prática, ainda que no seio de uma mesma cultura, em virtude da coexistência de diferentes versões de uma mesma prática cultural e de

---

<sup>864</sup> Sobre estas questões, SARAH SONG, *Justice...*, cit., p. 5 ss. e AYELET SHACHAR, “Feminism...”, cit., p. 133. Song alerta precisamente para os efeitos recíprocos que a interação entre maiorias e minorias proporciona quanto às normas relativas ao género existentes em ambas as culturas (identificando efeitos de congruência, boomerang e de diversão).

<sup>865</sup> Veja-se, a propósito, o contributo da teologia feminista e a renovação das tradições judaica e muçulmana através da reinterpretação dos textos sagrados para a reconciliação entre igualdade de género e identidade cultural e religiosa. AYELET SHACHAR, “Feminism...”, cit., p. 131-132 e ROBERTA ROSENTHAL KWALL, “The Cultural Analysis Paradigm: Women and Synagogue Ritual as a Case Study”, in *CaLR*, vol. 34, n.º 2, 2012, p.609 ss.

<sup>866</sup> AYELET SHACHAR, “Feminism...”, cit., p. 126 ss. Fica em aberto a questão de esclarecer em que termos a ação (ou inação) estadual, através do direito e do desenho institucional – por exemplo, através de modelos pluralistas destinados a reconhecer autoridade a normas religiosas ou a instituições religiosas - pode contribuir para permitir às mulheres alcançar a igualdade intragrupo sem que tal implique abdicar da sua pertença cultural nem, simultaneamente, da sua condição ‘cidadã’. Discutindo a questão, AYELET SHACHAR, “Feminism...”, cit., p. 128 e “Demystifying Culture”, in *ICON*, vol. 10, n.º 2, 2012, p. 429 ss.

<sup>867</sup> SARAH SONG, *Justice...*, cit., p. 39.

divergências quanto ao papel que uma prática desempenha numa determinada cultura e quanto ao seu significado estritamente cultural ou religioso<sup>868</sup>.

Finalmente, a natureza contestada do conceito de cultura manifesta-se ainda na discussão sobre a articulação entre os conceitos de ‘cultura’, ‘raça’, ‘etnia’ e ‘religião’ e a sua desejável distinção<sup>869</sup>. A ‘cultura’ pode ser acusada de ser um novo nome para ‘raça’ e, dessa forma, uma camuflagem para o racismo apresentado como “linguagem de cultura”<sup>870</sup>. Por seu turno, as perspectivas multiculturalistas tendem a ignorar a natureza complexa e compósita da identidade humana, identificando redutoramente ‘identidade’ e ‘cultura’ e presumindo o caráter primordial da identidade étnica<sup>871</sup>.

Do mesmo modo, dado que, quer a religião, quer a cultura, se ocupam do “sentido e significado das ações relações humanas”<sup>872</sup>, aquelas surgem normalmente relacionadas. Não por acaso, muitos dos exemplos de acomodação cultural avançados na doutrina são exemplo relativos a práticas religiosas<sup>873</sup>. Porém, nem a cultura se circunscreve à religião, nem esta se identifica, sem mais, com a cultura, pois é simultaneamente parte e algo diferente desta<sup>874</sup>. A abordagem unitária, por conseguinte, não dispensa a utilidade da distinção entre práticas religiosas e práticas culturais em sentido estrito, ora notando que as atitudes das pessoas e as obrigações de respeito perante umas e outras são diferentes<sup>875</sup>, assumindo as obrigações

---

<sup>868</sup> Alertando precisamente para estas dificuldades, MENACHEM MAUTNER, “From ‘Honor’...”, cit., p. 616 ss. A dificuldade a que se alude é frequentemente discutida, enquanto dificuldade probatória, a propósito da admissibilidade da “*cultural defense*” – sobre a questão, ALISON DUNDES RENTELN, “The Use and Abuse of the Cultural Defense”, in *CJLS*, vol. 20, n.º 1, 2005, p. 47 ss.

<sup>869</sup> Sobre a questão, ANNE PHILLIPS, *Multiculturalism...*, cit., p. 53 ss.

<sup>870</sup> Assim, *idem*, cit., p. 53. Sobre os conceitos de racismo fenotípico e racismo cultural, do qual é exemplo a Islamofobia, v. TARIQ MODOOD, *Multiculturalism...*, cit., p. 43 ss. Sobre a relação entre raça e cultura e a base etnoracial do conceito de cultura, v. AVID HOLLINGER,, *Postethnic...*, cit., em especial p. 105 ss. e 174 ss. e JUSTIN DESAUTELS-STEIN, “Race...”, cit., p. 50 ss.

<sup>871</sup> Sobre estas questões, DENYS CUCHE, *La notion ...*, cit., p. 97 ss.

<sup>872</sup> BHIKHU PAREKH, *Repensando...*, cit., p. 223.

<sup>873</sup> Assim, SARAH SONG, *Justice...*, cit., p. 64 ss.

<sup>874</sup> Sobre a questão, SEYLA BENHABIB, *Las reivindicaciones...*, cit., p. 41, PIERRE SALAMA, *Migrants and fighting discrimination in Europe*, Estrasburgo, Council of Europe Publishing, 2011, p. 71 ss. e STEFAN HUSTER, “La cultura...”, cit., p. 39-40.

<sup>875</sup> MENACHEM MAUTNER, “From ‘Honor’...”, cit., p. 616 ss. *Vd.* ainda IRIS MARION YOUNG, “Structural...”, cit., p. 77 ss. Também SÍLVIO FERRARI, “Islam...”, cit., p. 500-501, nota que a diversidade religiosa e de convicções se funda, em última análise, na consciência e não na pertença a uma comunidade ou na tradição, ou seja, o que motiva a reivindicação de

religiosas uma fundamentalidade que as obrigações culturais em sentido estrito não assumem para o indivíduo<sup>876</sup>, ora notando que a religião desempenha diferentes papéis nas diferentes culturas<sup>877</sup>, ora notando a presunção de maior legitimidade ou atendibilidade de que gozam as pretensões de índole religiosa face às de índole estritamente cultural<sup>878</sup>. Não se afigura, todavia, fácil e inequívoca a distinção entre práticas religiosas e práticas estritamente culturais, seja em termos objetivos, seja em termos subjetivos, *id est*, atendendo às razões que motivam a sua adoção<sup>879</sup>.

Finalmente, a própria abordagem culturalista pode ser contestada com o objetivo de ‘desculturalizar’ o multiculturalismo, sustentando-se que as políticas multiculturalistas e a integração das comunidades culturais, designadamente imigrantes, não devem partir da cultura, mas da diferença (e das “reivindicações específicas, implícitas e explícitas, da imigração não-branca extraeuropeia do pós-guerra”), transformando a diferença negativa em diferença positiva “merecedora de respeito cívico”. Esta perspetiva, que se insere na orientação que acentua a desigualdade na análise de fenómenos sociais como as minorias, é designadamente a adotada por MODOOD a propósito das minorias étnico-religiosas de origem imigrante<sup>880</sup>. A sua defesa do multiculturalismo assenta, por conseguinte, num conceito extenso de igualdade não apenas como igual dignidade mas também como igual respeito que exige, por conseguinte, a expressão e apoio das identidades e práticas de grupos de base étnica, religiosa, cultural ou racializada na esfera pública,

---

reconhecimento de uma determinada prática é a obediência a um comando de natureza divina, e não o facto de se tratar de uma cultura ou tradição, pelo que “a fundação não negociável da diversidade religiosa pode levar a uma afirmação não verificada e absoluta da primazia da consciência individual”, cujos riscos são acautelados pela distinção entre dimensão interna e dimensão externa da liberdade religiosa.

<sup>876</sup> Sobre este argumento, SARAH SONG, *Justice...*, cit., p. 65 ss., observando, a nosso ver oportunamente, que a obrigatoriedade de certas prescrições e normas culturais pode ser sentida de forma diferente pelos diferentes membros de um grupo ou religião, aceitando ou rejeitando certas obrigações, o que mais uma vez recomenda a análise contextual.

<sup>877</sup> BHIKHU PAREKH, *Repensando...*, cit., p. 223 ss. A desterritorialização da cultura e a secularização contribuíram para a autonomização das religiões face às culturas correspondentes, mas estas comportam ainda muitas referências religiosas, nota PIERRE SALAMA, *Migrants...*, cit., p. 71 ss.

<sup>878</sup> ANNE PHILLIPS, *Multiculturalism...*, cit., p. 58 ss.

<sup>879</sup> Sublinhando este aspecto, BHIKHU PAREKH, *Repensando...*, cit., p. 66 ss.

<sup>880</sup> TARIQ MODOOD, *Multiculturalism...*, cit., p. 37 ss.



rejeitando a sua privatização<sup>881</sup>. O multiculturalismo ou a acomodação das minorias difere da integração porque reconhece os grupos, e não apenas os indivíduos, em dois níveis - criação de novas formas de pertença e manutenção das origens e diáspora - bem como reconhece a variedade assumida pelos grupos e, em consequência, a diversidade que a sua acomodação necessariamente assume<sup>882</sup>.

## **2.2.O reconhecimento de (eventuais) direitos culturalmente diferenciados**

Como se viu *supra*, num entendimento amplo a multiculturalidade abrange uma vasta gama de formas de diversidade, como as baseadas no género, orientação sexual, incapacidade, para além da diversidade etnocultural propriamente dita. Nesta aceção, o multiculturalismo pode identificar-se com as “políticas de identidade”, abrangendo os direitos dos grupos vítimas históricas de opressão da sociedade maioritária (IRIS MARION YOUNG)<sup>883</sup>. Não obstante, vamos por enquanto centrar-nos nas reivindicações marcadas pela diferença cultural em sentido estrito.

Na teoria política verifica-se uma tendência (que a análise constitucional comparada abala) para considerar que os direitos de grupo protegem o interesse dos membros dos grupos étnicos na sobrevivência cultural ou integridade (atualizadas através de instrumentos diversificados<sup>884</sup>), grupos esses geralmente identificados com as minorias nacionais, indígenas e religiosas<sup>885</sup>. Sem prejuízo das vantagens de uma abordagem genérica ou universalista dos direitos das minorias *lato sensu* (e isto quer juridicamente quer na teoria política), é reconhecida seja por teóricos do multiculturalismo liberal seja pelo direito (internacional, mas não só) a necessidade de complementar a abordagem genérica com um esquema de direitos minoritários diferenciados em função dos grupos, que atenda aos seus contextos sociais e

---

<sup>881</sup> *Idem*, cit., p. 61. Sobre a privatização da diversidade, AYELET SHACHAR, “Feminism...”, cit., p. 128 e “Demystifying...”, cit.

<sup>882</sup> TARIQ MODOOD, *Multiculturalism...*, cit., p. 46 ss.

<sup>883</sup> JOÃO CARDOSO ROSAS, “Sociedade...”, cit., p. 47 ss.

<sup>884</sup> SUJIT CHOUDHRY, “Group...”, cit., p. 1101 ss., notando que, para a teoria política, o que distingue os grupos étnicos entre si é uma identidade cultural distinta, tendo os direitos de grupo em comum o facto de protegerem a integridade e a sobrevivência de distintas culturas.

<sup>885</sup> Esse, o diagnóstico de SUJIT CHOUDHRY, “Group...”, cit., p. 1101 ss.

históricos de surgimento<sup>886</sup>, distinguindo os diferentes tipos de reivindicações dos diferentes grupos culturais<sup>887</sup>. Com efeito, os “movimentos de libertação” nas sociedades multiculturais não são um fenómeno uniforme, apresentando desafios diferentes consoante as minorias são endógenas ou resultam da imigração, se trata de países tradicionalmente “abertos à imigração” ou de países em que é necessário “ajustar o auto entendimento da nação à acomodação de culturas estrangeiras”, de minorias voluntárias ou minorias forçadas, em suma, consoante as diferenças religiosas, raciais ou étnicas e os contextos histórico-culturais<sup>888</sup>.

Ou seja, “diferentes tipos de grupos enfrentam diferentes tipos de desafios para encontrar o seu lugar no Estado e, em consequência, exigem diferentes tipos de acomodações especiais”<sup>889</sup>, ou seja, um multiculturalismo que seja múltiplo também no plano da acomodação<sup>890</sup>, o que por sua vez conduz a diferentes tipologias de diversidade etnocultural. Tipicamente, a teoria política tende a concentrar a sua atenção nas minorias nacionais, nos povos indígenas e nas minorias religiosas e, em maior ou menor grau, nas minorias imigradas. Uma tipologia mais detalhada é, por exemplo, a que é apresentada por WILL KYMLICKA e WAYNE NORMAN, distinguindo minorias nacionais (e, dentro destas, nações sem estado e povos indígenas), minorias imigrantes (e, dentro destas, com cidadania ou direito a tornar-se cidadãos, sem direito de acesso à cidadania, e refugiados), grupos religiosos (isolacionistas e não isolacionistas) e grupos *sui generis* (afro-americanos, Roma, etc.)<sup>891</sup>, que apresentam diferentes reivindicações e exigem diferentes “direitos culturais”.

---

<sup>886</sup> WILL KYMLICKA, “Minority Rights in Political Philosophy and International Law”, in SAMANTHA BESSON/JOHN TASIOULAS, *The philosophy of international law*, Oxford, Oxford University Press, 2010, p. 377 ss., p. 381.

<sup>887</sup> WILL KYMLICKA, “La evolución...”, cit., p. 17 ss.

<sup>888</sup> JÜRGEN HABERMAS, “La lucha...”, cit., p. 199.

<sup>889</sup> WILL KYMLICKA/WAYNE NORMAN, “Citizenship...”, cit., p. 18.

<sup>890</sup> Com efeito, a consciência da diversidade dos grupos (estes não têm uma qualquer essência dada), das suas diferentes prioridades e da forma diferenciada como cada membro experimenta a sua pertença ao grupo (e, por conseguinte, da variabilidade interna), pode levar a uma “cascata de diversidade” ou então à tentativa de estabelecer modelos destinados a acomodar todas as minorias – discutindo a questão e considerando que tal diversidade não inviabiliza a possibilidade de direitos de grupo, mas exige flexibilidade na acomodação das suas pretensões, *id est*, que o multiculturalismo seja realmente “multi”, TARIQ MODOOD, *Multiculturalism...*, cit., p. 117 ss.

<sup>891</sup> WILL KYMLICKA/WAYNE NORMAN, “Citizenship...”, cit., p. 18 ss.

Na conhecida proposta de KYMLICKA, são três os tipos de direitos especiais diferenciados em função do grupo cultural (minorias nacionais e grupos étnicos) a que respeitam, e que acrescem à proteção conferida pelos direitos civis e políticos geralmente reconhecidos aos indivíduos nas modernas democracias liberais, e que são suficientes para proteger muitas situações de diversidade na sociedade<sup>892</sup>. Esses direitos são os direitos de autogoverno<sup>893</sup>, os direitos poliétnicos e os direitos especiais de representação. KYMLICKA associa os direitos de autogoverno às minorias nacionais<sup>894</sup>, pelo que nos centraremos na sua análise dos dois últimos tipos identificados de direitos. Os *direitos poliétnicos*, especialmente relevantes para as minorias étnicas/imigradas, destinam-se a ajudar os grupos étnicos e minorias religiosas a expressar a sua particularidade cultural sem que isso impeça o seu sucesso nas instituições políticas e económicas da sociedade dominante, não têm caráter temporário (pois não são temporárias as diferenças culturais que protegem) mas visam geralmente promover a integração na sociedade, e não o autogoverno<sup>895</sup>. Os *direitos especiais de representação* para grupos (minorias nacionais, grupos étnicos e outros grupos sociais não étnicos) têm por objetivo compensar algumas barreiras e insuficiências sistémicas dos processos de representação política dos Estados democráticos contemporâneos que tornam impossível a representação efetiva das perspetivas e interesses do grupo, caso em que tendem a ser temporários, mas podem igualmente traduzir, não uma resposta à opressão, mas um corolário do autogoverno<sup>896</sup>. Reconhecer direitos de representação a grupos implica, por um lado,

---

<sup>892</sup> WILL KYMLICKA, *Multicultural Citizenship...*, cit., p. 26 ss.

<sup>893</sup> Direitos reconhecidos a um ou mais grupos minoritários dentro de um Estado, de acordo com os quais podem desenhar e exercer de forma autónoma atribuições de caráter político e/ou jurisdicional (e.g. federalismo), que não são concebidos nem como temporários nem como remédios contra uma opressão passada, WILL KYMLICKA, *Multicultural Citizenship...*, cit., p. 27-30.

<sup>894</sup> O que lhe mereceu críticas, uma vez que não se exclui a possibilidade de minorias de origem imigrada reivindicarem formas de autogoverno, pessoal ou territorial.

<sup>895</sup> WILL KYMLICKA, *Multicultural Citizenship...*, cit., p. 30-31 e *Estados...*, cit., p. 93 ss., p. 100. Entre as políticas multiculturais defendidas pelos autor para as minorias imigradas, estão programas de discriminação positiva, programas de educação bilingue para filhos de imigrantes, revisão dos *curricula* escolares para maior reconhecimento das contribuições históricas e culturais das minorias etnoculturais, revisão dos calendários laborais para acomodar festividades religiosas e das normas relativas a uniformes de corpos e forças de segurança ou de condução para acomodar crenças religiosas, subvenções públicas para festivais etnoculturais e programas de estudos étnicos, entre outros.

<sup>896</sup> WILL KYMLICKA, *Multicultural Citizenship...*, cit., p. 31-33 e 131 ss.

determinar *que grupos* devem ser representados (e que, na perspectiva de KYMLICKA, serão os grupos objeto de desvantagem sistêmica no processo político ou os grupos com direitos de autogoverno, sendo o primeiros dos critérios o mais difícil de concretizar) e, por outro, *como* devem ser representados (e como assegurar que os representantes realmente representam a opinião do grupo)<sup>897</sup>.

Sem tratarmos por ora da questão dos direitos de grupos, sempre daremos conta de que a lógica de uma cultura de grupo assenta mais facilmente a grupos cujas fronteiras estão tendencialmente delimitadas, como as minorias nacionais ou os grupos indígenas, que a categorias como a de “imigrante” que, na realidade, agrupa em torno da “estrangeiria” realidades que podem ser muito diversificadas. O que nos remete, novamente, para a questão do conceito de cultura e, bem assim, para a ‘fronteiras porosas’ dos grupos culturais.

Outras propostas de acomodação de diversidade cultural apontam para classificações dos direitos coletivos baseadas no *tipo* ou *objeto* da pretensão em causa, como a de JACOB T. LEVY<sup>898</sup> e, na sua senda, ELEONORA CECCHERINI, que propõe a classificação dos direitos a uma identidade cultural em direitos derogatórios, direitos promocionais, direitos de autogoverno, direitos exclusivos dos membros da comunidade, direitos ao reconhecimento e ao reforço das regras tradicionais e direitos à representação étnica nas instituições<sup>899</sup>.

LEVY elaborou uma síntese dos tipos de direitos culturais ou coletivos que podem estar presentes tanto nos discursos teóricos como nas políticas públicas de Estados multiculturais: *isenções* (“*exemptions*”) em relação a normas que penalizam ou dificultam certas práticas culturais, *assistência* para levar a cabo uma série de ações que a maioria pode realizar sem apoio, *autogoverno* para as minorias nacionais e comunidades indígenas, *regras externas* consistindo na restrição de certas liberdades aos não-membros da comunidade, estabelecidas para proteção dos membros da comunidade, *reconhecimento e reforço* das suas práticas jurídicas pelo sistema jurídico da maioria (aqui se incluindo, nomeadamente, o reconhecimento de

---

<sup>897</sup> *Idem*, cit., p. 144 ss.

<sup>898</sup> Jacob T. LEVY, *The multiculturalism of fear*, Oxford University Press, 2000, p. 125 ss. Entre nós, também seguindo LEVY, Luísa NETO, *Novos...*, cit., p. 187 ss.

<sup>899</sup> Eleonora CECCHERINI, “Mecanismos institucionales de garantía de las identidades culturales”, in Francisco BALAGUER CALLEJÓN (ed. lit.), *Derecho Constitucional y Cultura. Estudios en Homenaje a Peter Häberle*, Madrid, Tecnos, 2004, p. 349 ss.

formas de pluralismo jurídico), *regras internas* que disciplinam a conduta dos membros no interior dos grupos, *representação* adequada das minorias nas instituições de governo das maiorias, garantida ou facilitada pelo próprio sistema jurídico (v.g., através de quotas) e *reconhecimento simbólico* do valor e existência das diversas comunidades<sup>900</sup>.

Partindo da observação justamente formulada por CARBONELL<sup>901</sup> a propósito da classificação apresentada por LEVY, e generalizando-a, verificamos que tendem a ser apresentados como direitos ‘coletivos’ tanto os direitos que têm os indivíduos que pertencem a uma certa comunidade, em razão justamente dessa pertença, como os direitos que tem o grupo minoritário face à maioria - o que nos levará *infra* à questão da contraposição entre direitos individuais e direitos de grupo. Mas também quanto ao seu objeto as pretensões são diversificadas, dizendo algumas respeito à fruição cultural, outras respeito à relação cultural, outras ainda respeito à defesa da cultura e à representação.

Uma questão merece, ainda, ser discutida a propósito das chamadas “reivindicações culturais” ou “reivindicações de grupos culturais”. Existe uma tendência para considerar que as reivindicações dos chamados grupos culturais são apenas culturais, ou seja, que todas as suas reivindicações se dirigem ao reconhecimento e à sobrevivência etnocultural. Verifica-se contudo que nem todas as controvérsias envolvendo grupos e/ou minorias culturais dizem respeito a pretensões culturais em sentido próprio<sup>902</sup>, relacionando-se frequentemente com a distribuição desigual de recursos económicos e oportunidades bem como com o acesso desigual a serviços públicos e ao poder político<sup>903</sup>. Também das ciências sociais e dos estudos sobre o conceito complexo de identidade vem a advertência para o facto de certas pretensões identificadas como de reivindicação identitária não visarem a proteção de uma cultura ou tradições seculares ou de necessidades de pertença a uma cultura, mas processos de exclusão e dominação social e económica e correspondentes

---

<sup>900</sup> Para uma discussão e análise, WILL KYMLICKA/WAYNE NORMAN, “Citizenship...”, cit., p. 25 ss.

<sup>901</sup> MIGUEL CARBONELL, “Constitucionalismo...”, cit., p. 40 ss.

<sup>902</sup> Distinguindo entre demandas verdadeiramente culturais e demandas não verdadeiramente culturais (“echten und unechten kulturellen Anliegen”), Gabriele BRITZ, *Kulturelle Rechte und Verfassung*, Mohr Siebeck, 2000, p. 110 ss.

<sup>903</sup> SUJIT CHOUDHRY, “Group...”, cit., p. 1108 ss.

necessidades de distinção social e libertação face à desigualdade, de indivíduos objetivamente aculturados ao modo de vida da cultura majoritária<sup>904</sup>. Esta “mistura” entre dimensões da “política da identidade” é especialmente visível no que diz respeito aos movimentos sociais que lutam por direitos das comunidades imigrantes. As pretensões dos grupos minoritários culturalmente diferenciados podem, pois, ser “estritamente culturais” ou “não estritamente culturais”. Trata-se de duas dimensões complementares<sup>905</sup>, sem prejuízo de razões de prudência política aconselharem a distinção, em tempos de escassez económica e “constitucionalismo ameaçado”, entre o que pertence à esfera do reconhecimento e o que pertence à esfera da distribuição<sup>906</sup>.

Verifica-se, por conseguinte, que a discussão multiculturalista se ocupa da cultura, mas associada à proteção das *minorias* culturais, ou seja, a uma dimensão de poder e, *in casu*, de desigualdade e vulnerabilidade, o que explica este efeito de associação entre dimensões culturais e não estritamente culturais. Recorrendo à formulação de ANNE PHILLIPS, para a teoria política (e, depois, para as políticas multiculturalistas, acrescentamos nós) a cultura entrou no campo de preocupações não tanto como *diferença*, mas como *desigualdade*, pelo que a atenção não se concentrou em determinar quais as fronteiras entre culturas e qual o seu grau de (in)determinação, mas em presumir a existência de grupos separados e ocupar-se da relação entre eles, designadamente, da relação de poder entre maiorias e minorias<sup>907</sup>.

O que, quanto a nós, se associa ao facto de, nas sociedades ocidentais, a cultura ser invocada frequentemente vista como algo privativo das minorias, não-ocidental e frequentemente iliberal<sup>908</sup>, reflexo de uma conceção ocidentalista, etnocentrista, porventura algo ‘fetichista’, mas certamente seletiva<sup>909</sup>, de cultura. Porém, se tivermos presente a conceção de cultura como conjunto de práticas e contexto de significação e de construção de identidade pessoal, não há como sustentar

---

<sup>904</sup> MILENA DOYTCHIEVA, *Le multiculturalisme*, cit., p. 101-104.

<sup>905</sup> Sobre a questão, e salientando a importância das análises multidimensionais e interseccionais, *vd.* TARIQ MODOOD, *Multiculturalism...*, cit., p. 58 ss.

<sup>906</sup> Michel ROSENFELD, “Editorial-Constitutionalism, moderation and compromise: confronting threats within and beyond the Constitution”, *ICON*, vol. 9, 2011, p. 3-4.

<sup>907</sup> Assim, ANNE PHILLIPS, *Multiculturalism...*, cit., p. 18-19.

<sup>908</sup> Sobre a questão, entre outros, *idem*, cit., p. 62 ss.

<sup>909</sup> Como nota Andrea BÜCHLER, *Islamic...*, cit., p. 119, “a cultura tende a ser invocada seletivamente e apenas em relação às características e comportamento das minorias, sendo os comportamentos e valores europeus percebidos como tendo caráter acultural”.

que seja privativa de minorias e de indivíduos pertencentes a minorias<sup>910</sup>. As pretensões culturais não são apenas de minorias, podendo igualmente caber às maiorias, as quais podem, de resto, encontrar-se elas mesmas em situação ‘minoritária’ (“*minorized majorities*”<sup>911</sup>), e muitas das controvérsias envolvendo minorias culturais ganham clareza em ser vistas *simultaneamente* como controvérsias entre diferentes pretensões culturais e como controvérsias que opõem maiorias a minorias<sup>912</sup>. O que, novamente, permite salientar a importância que a consideração das relações de poder e da desigualdade estrutural assume no momento de determinar a proteção e os seus limites.

### 2.2.1. A determinação da titularidade individual ou coletiva

O consenso quanto à legitimidade, *rectius*, necessidade de reconhecimento da identidade cultural e de “direitos culturalmente diferenciados” não responde, contudo, diretamente à questão de saber como opera esse reconhecimento. Três vias são pensáveis, a de reconhecer direitos apenas às culturas e aos grupos culturais, a de reconhecer direitos apenas aos indivíduos ou a de reconhecer direitos a ambos (uma análise jurídica comparada mostra como são, frequentemente, combinadas).

Subjacente à discussão sobre os direitos coletivos<sup>913</sup> está a reivindicação da insuficiência dos direitos individuais para assegurar uma proteção efetiva da pessoa humana nas suas múltiplas dimensões. Ou seja, dois entendimentos de igualdade, um que pressupõe uma igualdade *igual* e uma universalização/uniformização dos direitos,

---

<sup>910</sup> Coisa diferente será afirmar que, para as minorias, a identidade cultural possa ter uma posição mais forte como elemento de identificação em relação à maioria, *vd.* ANNE PHILLIPS, *Multiculturalism...*, cit., p. 65.

<sup>911</sup> SUJIT CHOUDHRY, “Group...”, cit., p. 1108.

<sup>912</sup> Neste sentido também SARAH SONG, *Justice...*, cit., p. 5 ss. cremos que a discussão, em Estrasburgo, dos Casos *Lautsi vs. Itália* (crucifixo nas escolas públicas italianas) permite ilustrar este ponto, uma vez que um dos argumentos invocados foi, precisamente, o do valor *cultural* do crucifixo, *vd.* *Lautsi vs. Itália*, n.º 30814/06, decisão em Secção de 03/11/2009 e em Plenário de 18/03/2011.

<sup>913</sup> Uma primeira advertência para a utilização, por vezes indiferenciada, de diferentes expressões, como “direitos coletivos”, “direitos de grupo”, “direitos culturais” e “direitos das minorias”, que não são necessariamente sobreponíveis. Com efeito, os direitos coletivos não têm necessariamente de ser direitos das minorias, podendo também as maiorias invocar direitos coletivos, assim como há direitos coletivos que não são direitos de grupo em sentido estrito, e todos estes podem ter por objeto outras pretensões que não as culturais. Há, com efeito, uma sobreposição de dimensões relativas à titularidade, ao exercício e ao objeto.

reconhecidos independentemente de pertenças etnoculturais, outro que pressupõe uma igualdade diferenciada em função, precisamente, dessas pertenças<sup>914</sup>, ou, de outro ponto de vista, entre uma conceção formal e uma conceção material de igualdade. Mas subjaz-lhe igualmente a preocupação comunitarista de que, sem o reconhecimento de direitos especiais, as comunidades *qua tale* ficassem privadas de meios para proteger a sua identidade, o que exigiria o reconhecimento de um ‘direito moral à autodeterminação’<sup>915</sup>.

Para alguns autores, há uma incompatibilidade de princípio entre direitos coletivos e direitos individuais ou, de outra perspetiva, entre direitos coletivos, liberalismo e democracia ou entre direitos coletivos, igualdade e neutralidade estadual<sup>916</sup>. Para outros, não se trata de incompatibilidade, mas de desnecessidade de recurso à figura dos direitos coletivos, bastando atualizar dimensões dos direitos individuais, num sentido inclusivo da identidade cultural, no contexto do liberalismo democrático. Acresce, para outros, que, não sendo as culturas os agentes da sua reprodução, não faz sequer sentido que sejam titulares de direitos.

Por outro lado, a sobreposição que ocorre entre “direitos de grupo”, “direitos coletivos”, “direitos culturais” e “direitos das minorias” conduz a que, por vezes, o que se considere criticável seja a relevância das identidades específicas, mais que em concreto direitos “coletivos”, ou o receio de que tais direitos traduzam uma supremacia do “coletivo” ou do “grupo” sobre o indivíduo. Assim, por exemplo, para PATRICE MEYER-BISCH o que está em causa não é a possibilidade de direitos coletivos, mas de direitos *humanos* coletivos<sup>917</sup>. Não se exclui a proteção através dos

---

<sup>914</sup> Sobre a questão, *vd.* SUJIT CHOUDHRY, “Group...”, *cit.*, p. 1100.

<sup>915</sup> Sobre a questão, em diálogo com VERNON VAN DYKE, *vd.* CHANDRAN KUKATHAS, “Are there any...”, *cit.*, *passim*, em especial p. 129 ss.

<sup>916</sup> Sobre a questão, NEUS TORBISCO CASALS, “La interculturalidad posible: el reconocimiento de derechos colectivos”, in MARÍA PAZ ÁVILA ORDÓÑEZ/MARÍA BELÉN CORREDORES LEDESMA (eds.), *Los Derechos Colectivos. Hacia una efectiva comprensión y protección*, Quito, Ministerio de Justicia y derechos Humanos/ONU, 2009, p. 61 ss., disponível em <http://www.bibliotecaonu.org.ec/> e [http://www.justicia.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2012/07/2\\_Derechos\\_Colectivos.pdf](http://www.justicia.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2012/07/2_Derechos_Colectivos.pdf) [10/01/ 2013].

<sup>917</sup> Patrice MEYER-BISCH, “Le sujet des droits de l’homme est individuel, mais l’objet est commun”, in Thomas BENS (dir.), *Le Droit saisi par le collectif*, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 15-44. O *sujeito* distingue-se do *beneficiário* e do *objeto* (multidimensional e relacional). Sujeito de direitos humanos será sempre o indivíduo em relação, “ator dos seus direitos/liberdades/responsabilidades; livre na organização das suas interações”. Comunidades como a família, a minoria, a coletividade, poderão ser beneficiárias mas não sujeito de direitos humanos, ou seja “os direitos legítimos de uma coletividade implicam uma



direitos coletivos, apenas se entende que a titularidade dos *direitos humanos* é sempre individual, é sempre do “sujeito-ator” *em relação*, e, por conseguinte, do que se tratará no caso de “direitos coletivos” será de “garantias estruturais” que protegem os direitos do homem mas que não se situam no nível dos direitos humanos por implicarem uma particularização, uma delimitação de uma determinada coletividade. Por enquanto, usaremos estes termos em sentido convergente, e deixaremos para mais tarde a delimitação dos conceitos.

A resposta tradicional à questão de saber quando é um direito coletivo, é a de que o é quando a sua titularidade for coletiva, do grupo enquanto tal e não dos seus membros, ou seja, direitos de titularidade coletiva, pertencentes a um sujeito coletivo com interesses próprios (‘irredutibilidade’ dos interesses da comunidade a interesses individuais<sup>918</sup>), fundamentados de forma análoga à dos direitos individuais<sup>919</sup>. Se basearmos o reconhecimento dos direitos coletivos no facto de existirem interesses supra ou meta individuais, que por isso são interesses do grupo e por ele devem ser prosseguidos, chegamos ao difícil problema do reconhecimento, a grupos, de capacidade para o *agir moral* (“*moral agency*”), para serem dotados de direitos morais e não apenas jurídicos (objeção ontológica), bem como à discussão sobre a prioridade relativa indivíduo ou comunidade (a tese da irredutibilidade abre a possibilidade de deveres dos membros para com o grupo, que teria direitos contra aqueles)<sup>920</sup>.

---

particularização e não podem por conseguinte colocar-se ao nível dos direitos do homem. Mas podem, na condição do respeito de todos os direitos humanos por todos, constituir medidas de proteção de objetos coletivos cujo equilíbrio e manutenção são necessários ao respeito pelos direitos do homem” (ob.cit., p. 21) direitos coletivos esses que podem ser direitos fundamentais de nível constitucional, legal, etc. Finalmente, uma comunidade, enquanto estrutura social incorporada por sujeitos, pode ser objeto de um direito cultural na medida em que habilita o sujeito para a relação, a interrogação e a criação que o direito implica, ou seja, é uma relação que é obra do sujeito livre (ob. cit., loc. cit.). Entre nós, Isabel CABRITA, *Direitos...*, cit., p. 36.

<sup>918</sup> NEUS TORBISCO CASALS, *Minorías...*, cit., p. 68 ss.

<sup>919</sup> *Idem*, cit., p. 110 ss. As teorias sobre a fundamentação dos direitos costumam agrupar-se em voluntaristas (põem o acento na escolha) e teorias dos interesses (põem o acento nos bens que resultam da dignidade humana e cujo valor predica o interesse individual no seu respeito e proteção mediante certas regras, sendo os direitos conferidos como garantia contra a violação dos interesses). Sobre a questão, NEUS TORBISCO CASALS, *Minorías...*, cit., p. 66, LUÍSA NETO, *O direito à disposição...*, cit., p. 128 e CRISTINA QUEIROZ, *Direitos Fundamentais...*, cit., p. 341 ss.

<sup>920</sup> Para uma análise e crítica da visão liberal, NEUS TORBISCO CASALS, *Minorías...*, cit., p. 72 ss.

Sucedem que a categoria dos direitos coletivos se apresenta como bastante heterogênea<sup>921</sup>, o que gera também críticas e receios de diversa natureza, uns de cariz mais filosófico, outros mais pragmáticos<sup>922</sup>. A atribuição da titularidade a um grupo pressupõe que possam determinar-se as “fronteiras” desse grupo, sendo certo que conceitos como o de “minorias”<sup>923</sup>, que é central na delimitação destes direitos, se mostram insuscetíveis de gerar consenso, tanto mais que, também aqui, a crítica ao conceito estático e essencialista de identidade cultural coloca dificuldades à delimitação de um “coletivo”<sup>924</sup>. Para além da difícil determinação dos “grupos” relevantes, suscitam-se dúvidas sobre se as pretensões em causa devem proteger-se sob a forma de “direitos” (receio de expansão ilimitada dos direitos), o receio pela multiplicação de reivindicações (“*slippery slope*”) e pela supremacia do coletivo face ao indivíduo<sup>925</sup>, a que acresce a identificação entre direitos de grupo e minorias iliberaes, com as generalizações daí decorrentes<sup>926</sup> (e ainda que possa afirmar-se,

---

<sup>921</sup> A distinção entre direitos coletivos derivados (direitos que os indivíduos põem em comum ou cedem à comunidade) e direitos coletivos primários (direitos *sui generis* que as coletividades adquirem por si e não de forma derivada através dos seus membros, pela simples razão de que estes não gozam de tais direitos enquanto indivíduos, ex. direitos de autogoverno), proposta por PAREKH, pode ser de alguma utilidade. A diferença entre ambos não tem a ver com a justificação, uma vez que uns e outros se dirigem ao bem-estar humano, mas com a forma ou natureza da sua aquisição. Ora é em relação aos primários, e não aos derivados, que se colocam as dificuldades vistas, por se partir do pressuposto de que apenas os indivíduos são titulares de direitos, *vd.* BHIKHU PAREKH, *Repensando...*, cit., p. 318 ss.

<sup>922</sup> Sobre esta questão, BHIKHU PAREKH, *Repensando...*, cit., p. 318 ss. e NEUS TORBISCO CASALS, *Minorías...*, cit., p. 72 ss.

<sup>923</sup> A multiplicidade de situações reconduzíveis a esta categoria torna difícil a sua definição, da qual cuidaremos *infra*. Recorrendo, por ora, à síntese de FLICK, trata-se de “situações estáveis e tendencialmente permanentes, com uma ligação ao território, contrapostas à maioria por fatores sociais predominantemente (mas não de forma exaustiva) de tipo étnico, linguístico, religioso, que se traduzem em condições de inferioridade numérica, política ou económica, discutindo-se se a estes deve associar-se o fator nacionalidade e em que medida abrangem as minorias de origem imigrante, *vd.* GIOVANNI MARIA FLICK, “Minoranze ed eguaglianza: il diritto alla diversità e al territorio come espressione dell'identità nel tempo della globalizzazione”, in *PD*, vol. XXXV, n.º 1, 2004, p. 3 ss., p. 7.

<sup>924</sup> Sobre a questão, NEUS TORBISCO CASALS, “La interculturalidad posible...”, cit., p. 71 ss. e TARIQ MODOOD, *Multiculturalism...*, cit., p. 87 ss.

<sup>925</sup> Este nos parece ser o principal receio de ANNE PHILLIPS, *Multiculturalism...*, cit., p. 162 ss., que sustenta que os direitos que estão em causa em situações de multiculturalidade (e, bem assim, no sempre referido artigo 27.º do PIDCP) são direitos *dos indivíduos* (e não dos grupos), em última análise o direito de cada um a viver de acordo com as suas convicções, não se tratando de direitos absolutos mas de direitos sujeitos a *limites* resultantes do contexto e da necessidade de harmonização com outros direitos. A isto voltaremos *infra*.

<sup>926</sup> NEUS TORBISCO CASALS, “La interculturalidad posible...”, cit., p. 79 ss.

como faz PAREKH, que uma coisa é reconhecer direitos coletivos, outra coisa é o abuso a que possam dar lugar). A discussão sobre os direitos coletivos convoca assim “questões difíceis” para liberais e comunitaristas, resolvidas por alguns através da afirmação da desnecessidade dos direitos coletivos, propondo em alternativa a recondução das reivindicações das minorias à sua tutela pela via dos direitos individuais ou então propondo, mais radicalmente, uma tutela que não passaria sequer pelos direitos<sup>927</sup>.

Para NEUS TORBISCO<sup>928</sup>, a solução assenta em reformular a categoria dos direitos coletivos partindo, não da natureza do titular, mas do bem<sup>929</sup>. Nesta perspetiva, a titularidade é uma questão resolvida: os titulares são sempre os indivíduos e são os seus interesses individuais que se valoram em última instância. Serão direitos coletivos os que se referem a *bens coletivos*, *id est*, bens públicos irredutíveis, aqueles cuja produção e consumo “só se produzem por meio de uma ação participativa de carácter coletivo, na qual o seu gozo é também necessariamente coletivo e, portanto, a sua inteligibilidade se perde se reduzidos a bens individuais”<sup>930</sup> (o que, nota, em nada põe em causa o pressuposto liberal de que a sua importância se reconduz à sua contribuição para a vida humana de cada um dos membros do grupo). Tais direitos coletivos são direitos *especiais*, na medida em que “se justificam em razão da pertença individual a grupos minoritários no contexto de um Estado”<sup>931</sup>, o

---

<sup>927</sup> NEUS TORBISCO CASALS, *Minorías...*, cit., p. 53 ss.

<sup>928</sup> *Idem*, cit., p. 91 e 52.

<sup>929</sup> Comunitaristas como RAZ salientam que há bens que só podem ser captados numa dimensão coletiva, sendo irredutíveis a interesses individuais, daí a necessidade de direitos coletivos. Interessa por isso distinguir que bens coletivos são estes. TAYLOR distingue *bens públicos* e *bens sociais*, estes últimos não suscetíveis de ser considerados instrumentalmente em termos individuais pois apenas têm sentido em toda a sua aceção no conjunto de significados e concepções partilhadas que conformam o substrato de uma cultura, e são estes que exigem a existência de direitos coletivos (NEUS TORBISCO CASALS, *Minorías...*, cit., p. 91). Em suma, não apenas é impossível proteger o bem “cultura” para gozo de um só indivíduo, como “o conjunto de atividades, instituições, papéis, etc., *constituem* o bem cultural propriamente dito e o dotam de significado” (*idem, ibidem*).

<sup>930</sup> NEUS TORBISCO CASALS, “La interculturalidad posible...”, cit., p. 84. Este elemento coletivo, note-se, não é uma condição para o exercício do direito, mas “um requisito para a existência dos bens que constituem seu objeto”.

<sup>931</sup> A qualificação de tais direitos como “especiais” esclarece que a relação estabelecida com os direitos ditos “comuns” é uma relação de especialidade, nota NEUS TORBISCO CASALS, “La interculturalidad posible...”, cit., p. 85 e 86. Note-se que, de acordo com a classificação dos direitos fundamentais adota por JORGE MIRANDA, *Manual...*, Tomo IV, cit., p. 121 ss. e 127 ss., estes direitos quadram bem melhor como *direitos particulares* por oposição a direitos comuns, que como *direitos especiais* por oposição a gerais. A isto voltaremos *infra*.

que permite distingui-los dos direitos individuais universais ou de primeira geração<sup>932</sup>. Em suma, os interesses salvaguardados são “interesses individuais na produção e gozo de bens derivados da interação com os demais membros do grupo”, cuja universalidade se estabelece por referência ao grupo, no sentido em que qualquer pessoa que pertença ao grupo em causa tem “um interesse moralmente relevante significativo na obtenção do bem público em questão”<sup>933</sup>. Esta conceção permite respeitar os princípios liberais e contornar as dificuldades associadas à determinação da titularidade, seja as dificuldades de índole teórica relativas ao agir moral e à titularidade de direitos de grupos, seja outras de índole prática relacionadas, por exemplo, com a determinação das minorias “elegíveis”, uma vez que o que é relevante “não é tanto provar a existência e identidade clara de um grupo ao qual atribuir direitos, mas discutir por que razão deveria considerar-se como moralmente relevante o interesse que mostram os indivíduos na pertença a certo grupo identitário”<sup>934</sup>. Por outro lado, esta conceção permite ainda conciliar o liberalismo e a prática constitucional efetiva de muitos estados multiculturais no sentido de reconhecer direitos “coletivos”<sup>935</sup>, em termos mais diversificados do que a teoria política leva a crer, pressupondo *simpliciter* que os direitos de grupo são direitos do grupo *qua tale*, detidos pelos grupos coletivamente e exercidos através das suas instituições de governo ou em nome, e no interesse, do grupo, por um líder não eleito<sup>936</sup>. Ao invés, uma análise de direito constitucional comparado revela algo bem diferente, ou seja, que os direitos de grupo assumem variadas formas e não são por regra titulados ou exercidos por grupos como entidades coletivas<sup>937</sup>.

Hoje em dia, é frequente dar-se por superado o dilema direitos individuais *versus* coletivos, notando por um lado a incoerência e imprecisão da categoria dos direitos coletivos e, por outro, a complementaridade entre a proteção de dimensões

---

<sup>932</sup> NEUS TORBISCO CASALS, *Minorías...*, cit., p. 91 e 52.

<sup>933</sup> NEUS TORBISCO CASALS, “La interculturalidad posible...”, cit., p. 85.

<sup>934</sup> *Idem*, cit., p. 87.

<sup>935</sup> E não apenas no domínio cultural. Sobre os direitos coletivos na Constituição portuguesa, v. J. C. VIEIRA DE ANDRADE, *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*, (5.ª edição), Coimbra, Almedina, 2012, p. 111 ss. Mas a isto voltaremos *infra*.

<sup>936</sup> SUJIT CHOUDHRY, “Group...” cit., p. 1101 ss.

<sup>937</sup> *Idem*, cit., p. 1109-1110, e ss.

individuais e coletivas<sup>938</sup>, reflexo da complexidade relacional do sujeito. Neste sentido, os “direitos coletivos” e os “direitos de grupo” são uma ‘etiqueta’ para agrupar um conjunto de direitos ‘especiais’ reivindicados face aos comuns, que em concreto podem ser protegidos pela atribuição individual ou coletiva, e são “coletivos” porque a alusão ao grupo é essencial para a sua inteligibilidade<sup>939</sup>.

Assim, o reconhecimento das minorias culturais como “comunidade intermédia” e “formação social”, à qual se referem seja interesses difusos e coletivos, seja direitos individuais e/ou de grupos<sup>940</sup>, conduz a que, sob a marca ‘direitos coletivos’ e/ou ‘direitos das minorias’, sejam frequentemente agrupados direitos culturais estritamente individuais, direitos individuais de exercício coletivo, direitos coletivos, bem como princípios jurídicos, interesses difusos e deveres estaduais não-relacionais (como daremos conta *infra*), os quais, combinados, convergem no objetivo de assegurar a tutela jurídica dos direitos humanos fundamentais e da convivência entre diferentes grupos<sup>941</sup>.

No mesmo sentido, parece-nos, PAREKH propõe que não neguemos sem mais os direitos coletivos, mas antes que nos interroguemos sobre que coletividades deviam ter direitos e sob que condições, questões às quais diferentes sociedades darão diferentes respostas. O seu critério ocupa-se da *fundamentação* das demandas, sendo que a natureza e o conteúdo dos direitos variará consoante o tipo de demanda. Uma coletividade poderá exigir direitos se cumpre alguma das seguintes condições: se a comunidade significa muito para os seus membros, gozando de estatuto moral aos seus olhos, querendo estes preservá-la; se a sua existência for vital para os interesses fundamentais dos seus membros e esses interesses só possam promover-se, ou fazê-lo adequadamente, se a comunidade goza de um direito de ação coletivo; se a comunidade se sente insegura e não pode nem quer integrar-se numa comunidade mais ampla se não lhe forem reconhecidos certos direitos; se uma comunidade esteve submetida a opressão sistemática, carecendo de medidas de apoio e de reforço da

---

<sup>938</sup> É disso exemplo a discussão a propósito do carácter individual ou coletivos dos direitos culturais no Direito Internacional, *maxime* a propósito do art. 27.º do PIDCP, a que nos referiremos *infra*. Sobre a questão, ABDULQAWI YUSUF, “Cultural rights as collective rights in international law”, in KALLIOPI KOUFA (org.), *Multiculturalism and international law*, Athens [u.a.], Sakkoulas Publ., 2007, p. 53 ss.

<sup>939</sup> NEUS TORBISCO CASALS, *Minorías...*, cit., p. 99 ss.

<sup>940</sup> GIOVANNI MARIA FLICK, “Minoranze...”, cit., p. 8.

<sup>941</sup> Assim também *idem*, cit., p. 8.

confiança; se a comunidade como um todo pode trazer algo de valioso e único à sociedade em sentido amplo, e se só está em condições de fazê-lo caso se dote dos direitos necessários a preservar a sua identidade; se parte de doutrinas partilhadas das quais se considera guardiã e só pode funcionar e contribuir para o bem-estar dos seus membros e da sociedade se lhe forem outorgados os direitos apropriados<sup>942</sup>.

O reconhecimento das minorias como “comunidade intermédia” e de “formação social”, à qual se referem seja interesses difusos e coletivos, seja direitos individuais e/ou de grupos, está associado à proteção pela via dos direitos fundamentais (à língua, à religião e ao culto, no âmbito escolar e social) e também através de normas que asseguram a autonomia, a tutela dos direitos individuais, direitos particulares de representação, promoção e reconhecimento da identidade cultural e do pluralismo do Estado<sup>943</sup>.

Da conclusão pela admissibilidade de direitos coletivos culturalmente diferenciados não resulta necessariamente a conclusão pela sua prevalência sobre os direitos individuais. Não fica, pois, automaticamente posto em causa o argumento de que os indivíduos valem mais do que os grupos a que pertencem e as culturas valem na medida em que têm valor os indivíduos que as partilham, pelo que os direitos comunitários devem ceder se entram em conflito com os direitos liberais, entendidos como valores que há que atribuir a cada indivíduo enquanto ser único e irrepetível<sup>944</sup>, o que nos leva à questão seguinte.

### **2.3. Do grupo ao indivíduo**

Como notámos já, a discussão multiculturalista, centrada inicialmente na questão da justiça entre grupos e na relação entre maiorias e minorias, foi progressivamente voltando a sua atenção para o interior dos grupos e para os membros do grupo minoritário. Podemos identificar uma ‘crítica interna’ às propostas multiculturalistas<sup>945</sup>, orientada para os efeitos desencadeados pelas políticas multiculturalistas no seio dos grupos culturais que elas visam e, em especial, para os

---

<sup>942</sup> BHIKHU PAREKH, *Repensando...*, cit., p. 323 ss.

<sup>943</sup> GIOVANNI MARIA FLICK, “Minoranze...”, cit., p. 8.

<sup>944</sup> MIGUEL CARBONELL, “Constitucionalismo...”, cit., p. 33.

<sup>945</sup> Seguindo AYELET SHACHAR, “Religion...”, cit., p. 53-54.

efeitos negativos das políticas de acomodação sobre os membros vulneráveis (como as mulheres ou as minorias sexuais) dos grupos culturais “protegidos”. Trata-se, por conseguinte, de atentar nas relações de poder que se exercem no interior dos grupos “reconhecidos”. Destaque-se, neste domínio, a crítica feminista ao multiculturalismo, para a qual do que se trata não é de rejeitar *qua tale* as propostas de uma cidadania diferenciada, mas de atender à esfera privada e à diversidade no interior do grupo<sup>946</sup> e à necessidade de os membros vulneráveis, designadamente as mulheres, terem uma voz na discussão e negociação das relações entre minorias e sociedade majoritária, chamando a atenção para a essencialidade das dimensões de “política de representação” intragrupo<sup>947</sup>. A crítica feminista demonstra a relação entre “género” e “cultura” e a proximidade entre “cultura” e “tradição” e as práticas de “controlo das mulheres”<sup>948</sup>, mostrando como muitas das questões ditas “culturais” se relacionam com o género<sup>949</sup>, dimensão esta que não foi devidamente tida em conta pelos defensores dos direitos multiculturais de grupo<sup>950</sup>. Não obstante agrupar posições muito diferenciadas<sup>951</sup>, a crítica feminista do multiculturalismo chama “a atenção para as relações de poder no interior do grupos para as lutas constantes sobre as interpretações ‘autênticas’ da tradição do grupo perfilhada por elementos conservadores ou fundamentais, que podem pôr as mulheres desproporcionadamente em risco” (o chamado culturalismo reativo)<sup>952</sup>. A análise do contributo feminista pode

---

<sup>946</sup> Susan Möller OKIN, “Is multiculturalism bad for women?”, *Boston Review*, outubro/novembro 1997, disponível em <http://new.bostonreview.net/BR22.5/okin.html> [30/06/2013].

<sup>947</sup> Ayelet AYELET SHACHAR, “Religion...”, cit., p. 65.

<sup>948</sup> Susan Möller OKIN, “Is multiculturalism...”, cit., afirmando que a esfera da vida pessoal, sexual e reprodutiva detém uma importância decisiva na generalidade das culturas.

<sup>949</sup> Susan Möller OKIN, “Is multiculturalism...”, cit..

<sup>950</sup> Assim, Susan Möller OKIN, “Is multiculturalism...”, cit., p. 9 ss. e também AYELET SHACHAR, “Religion...”, cit., p. 69 ss.

<sup>951</sup> Distinguindo três variantes – liberal, pós-colonial e multiculturalista - da crítica feminista ao multiculturalismo, AYELET SHACHAR, “Feminism...”, cit., p. 117 ss. A variante multiculturalista, mais recente, combina elementos da crítica feminista liberal e da defesa da identidade dos grupos, vendo as mulheres simultaneamente como detentoras de cultura e detentoras de direitos (ob. cit., p. 126), pontificando nesta corrente SEYLA BENHABIB, MONIQUE DEVEAUX e a própria AYELET SHACHAR.

<sup>952</sup> “Tais instâncias de culturalismo reativo podem igualmente motivar respostas agressivas da comunidade majoritária, que pode sentir-se ameaçada pelo ressurgimento e pela radicalização (como tal percebida) da identidade religiosa minoritária”, escreve AYELET SHACHAR, “Religion...”, cit., p. 59, ilustrando, nas páginas seguintes, com o debate sobre o uso do *hijab* na escola pública em França e no Canadá e com o debate sobre a criação de um tribunal

ainda permitir separar questões de género e proteção das minorias, com isto querendo aludir-se ao facto de o recurso ao princípio da igualdade de género servir a causa da “demonização” dos grupos culturais minoritários, associando-se a estereótipos culturais, quando, na realidade, multiculturalismo e igualdade de género podem ser simultaneamente sustentados a partir do princípio da igualdade<sup>953</sup>.

A questão de saber, usando a conhecida formulação de SUSAN MOLLER OKIN, *se o multiculturalismo é mau para as mulheres*<sup>954</sup>, ou como lidar com as pretensões das minorias culturais ou religiosas quando estas são contrárias ao princípio da igualdade de género das democracias liberais, não tem uma resposta simples. Assim, se podemos por um lado reconhecer que feminismo e multiculturalismo podem opor-se, que o reconhecimento de direitos a grupos e minorias culturais pode contribuir para agravar a discriminação das mulheres e que os direitos destas não são automaticamente beneficiados pela preservação da sua cultura pela maioria (antes podendo beneficiar da sua extinção ou reformulação), como parece sustentar a abordagem feminista liberal de OKIN<sup>955</sup>, podemos igualmente considerar que, não obstante a tensão potencial entre diversidade cultural e igualdade de género<sup>956</sup>, não existe uma oposição necessária entre feminismo e multiculturalismo<sup>957</sup> e que este tipo de discurso binário obscurece as complexas questões que a relação entre direitos das mulheres e cultura realmente suscita, podendo tal relação ser estabelecida a partir de um “diálogo construtivo”, contextualizado, como parece ser a posição de LETI VOLPP<sup>958</sup>.

---

arbitral islâmico (Dar-ul-Qada) no Canadá, em Ontário. Sobre este debate, criticamente, AYELET SHACHAR, “Feminism...”, cit., p. 137 e Marion BOYD, “Dispute resolution in Family Law: Protecting choice, Promoting inclusion”, 2004, disponível em <http://www.attorneygeneral.jus.gov.on.ca/english/about/pubs/boyd/>.

<sup>953</sup> ANNE PHILLIPS, *Multiculturalism...*, cit., p. 2 ss.

<sup>954</sup> Susan Moller OKIN, “Is multiculturalism...”, cit.

<sup>955</sup> *Idem*, cit. Sobre o feminismo liberal, *vd.* AYELET SHACHAR, “Feminism...”, cit., p. 118 ss.

<sup>956</sup> AYELET SHACHAR, “Religion...”, cit., p. 69.

<sup>957</sup> Assim, ANNE PHILLIPS, *Multiculturalism...*, cit., p. 3 e *passim*.

<sup>958</sup> Assim, Leti VOLPP, “Feminism vs. Multiculturalism”, *CLR*, vol. 101, n.º 5, junho 2001, p. 1181-1218. Volpp considera que a defesa de uma oposição entre multiculturalismo e feminismo assenta no pressuposto da mulher imigrante vítima da sua cultura (ob. cit., p. 1183) e presume que as culturas minoritárias são mais patriarcais que as culturas liberais ocidentais (ob. cit., p. 1185). Isto resulta do facto de no ocidente a violência sobre as mulheres ser vista como algo desviante, e não como parte da cultura, ao passo que episódios de violência sobre as mulheres em países de Terceiro Mundo ou em comunidades imigrantes



A oposição multiculturalismo *versus* feminismo<sup>959</sup> reflete outras ‘lógicas binárias’, como as oposições entre relativismo e universalismo e entre direitos e cultura, ou “ação motivada pela razão” (característica da cultura ocidental) *versus* “ação orientada pelos ditames culturais” (não-ocidental)<sup>960</sup>, sugerindo que os valores da cultura ocidental são definidos por oposição a cultura (minoritária, do Terceiro Mundo), que género e raça são inconciliáveis (quando os vetores da identidade não podem ser analisados isoladamente), e que cultura e direitos humanos são mutuamente excludentes, para além de ter por base uma certa assunção da superioridade da cultura ocidental (“*West is best*”)<sup>961</sup>. Obscurece igualmente o enquadramento cultural de muitas práticas ocidentais de tipo sexista e discriminatório e o carácter patriarcal de todas as culturas (não mais ou menos, mas diferentemente)<sup>962</sup>, as relações de opressão entre mulheres, a complexidade de fatores que subjazem à subordinação das mulheres (e que são de ordem estrutural, não resultando apenas da subordinação com base no género culturalmente motivada), bem como apresenta a mulher como “vítima” ao invés de “sujeito de emancipação”<sup>963</sup>, negando-lhe a capacidade de “ressignificar” as práticas culturais<sup>964</sup>.

O multiculturalismo pode, sim, beneficiar das observações críticas da teoria feminista e reformular-se. Tal não implica sustentar que a sociedade tenha de ser cega à cultura e à religião e “minimizar o efeito da religião” ou de outras pertenças comunitárias como única forma de proteger as “membros vulneráveis”, *in casu* as mulheres (como parece supor certo feminismo liberal), mas conceder maior atenção à dimensão interna e às relações de poder no seio dos grupos culturais ou religiosos,

---

são tidos por característicos das culturas, ou seja, a cultura é invocada para explicar formas de violência contra as mulheres imigrantes ou de Terceiro Mundo mas não é invocada para explicar formas de violência contra as mulheres ocidentais, sugerindo que as primeiras sofrem de morte pela cultura (“*death by culture*”) e ignorando os aspectos culturais da violência sexual afetando as mulheres brancas da maioria (ob. cit., p. 1187 ss.). Tal reflete o facto de não vermos o comportamento das pessoas da maioria como “cultural”, etiqueta que sempre aplicamos ao comportamento dos grupos minoritários (ob. cit., p. 1189).

<sup>959</sup> Hoje largamente ultrapassada, entende AYELET SHACHAR, “Feminism...”, cit., p. 116.

<sup>960</sup> Leti VOLPP, “Feminism...”, cit., p. 1191 e ANNE PHILLIPS, *Multiculturalism...*, cit., p. 1-2.

<sup>961</sup> Leti VOLPP, “Feminism...”, cit., p. 1216 e AYELET SHACHAR, “Feminism...”, cit., p. 119.

<sup>962</sup> Leti VOLPP, “Feminism...”, cit., p. 1217.

<sup>963</sup> *Idem*, cit., p. 1217.

<sup>964</sup> A este propósito, remetemos para SEYLA BENHABIB, *Las reinvidicaciones...*, cit., p. 197 ss.

bem como aos efeitos de medidas de acomodação ‘fortes’ sobre os membros vulneráveis, propondo designadamente medidas de acomodação ‘fracas’<sup>965</sup> e estratégias destinadas a empoderar os membros em posição de debilidade.

A atenção à situação das ‘minorias dentro das minorias’ justifica a preocupação com a distribuição no seio do grupo dos custos associados ao reconhecimento da identidade cultural, ou da diferença cultural, e que tendem a sobrecarregar os membros vulneráveis dos grupos culturais. Assim, será necessário ter em conta que as proteções externas destinadas a colocar os diferentes grupos em situação de igualdade podem frequentemente contribuir para o reforço das restrições internas, acentuando a situação de exclusão das “minorias internas”, às quais caberá suportar custos acrescidos resultantes de uma política que, paradoxalmente, acaba por reforçar a posição dos membros que já detinham uma posição dominante (‘paradoxo da vulnerabilidade multicultural’<sup>966</sup>).

Da conclusão pela admissibilidade de direitos coletivos culturalmente diferenciados não resulta necessariamente a conclusão pela sua prevalência sobre os direitos individuais, como escrevemos *supra*. Mas é precisamente o receio pela perda de referência ao indivíduo que leva ANNE PHILLIPS a sustentar que o multiculturalismo não deve ser uma forma de distribuir poder e autoridade entre grupos culturais diferentes, pelo que não se reconhecem às culturas *qua tale* quaisquer direitos a respeito, financiamento ou sobrevivência<sup>967</sup>. Os direitos que estão em causa em situações de multiculturalidade, afirma, são direitos *dos indivíduos* (e não dos grupos), em última análise o direito de cada um a viver de acordo com as suas convicções, não se tratando de direitos absolutos mas de direitos sujeitos a *limites* resultantes do contexto e da necessidade de harmonização com outros direitos<sup>968</sup>. Em todo o caso, o facto de o cerne da questão multicultural não ser a distribuição de poderes e recursos entre grupos não significa, para a autora a que nos vimos referindo, que os governos devam recusar o apoio, designadamente financeiro, a associações de base etnocultural, ou que as sociedades devam recusar medidas destinadas a aumentar

---

<sup>965</sup> Sobre a questão, AYELET SHACHAR, “Religion...”, cit., p. 70 ss. e 86 ss.

<sup>966</sup> Questão que desenvolveremos *infra*.

<sup>967</sup> ANNE PHILLIPS, *Multiculturalism...*, cit., p. 162 ss.

<sup>968</sup> *Idem*, cit., p. 165.

a representação política de grupos culturais ou nacionais minoritários<sup>969</sup>. Pelo contrário, aquela asserção condensa-se na objeção a medidas que promovam a autoridade reguladora de um grupo sobre os seus membros<sup>970</sup>, ou elevem a normas culturais de referência normas que apenas alguns membros dos grupos identificam como tal<sup>971</sup>. Dada a inevitabilidade da referência aos grupos na problemática multiculturalista e, em conformidade, a inevitabilidade da referência à possibilidade de coação<sup>972</sup>, a sua proposta não é, em suma, a de um multiculturalismo sem grupos ou sem cultura, mas de um multiculturalismo que rejeita um conceito essencialista de cultura e reivindica a centralidade do indivíduo e dos seus direitos.

O feminismo multiculturalista sustenta uma mudança no sentido de uma abordagem mais crítica das dimensões políticas e jurídicas do multiculturalismo e da cidadania e suas implicações nos direitos das mulheres, procurando fazer justiça à “aspiração multidimensional de obter seja a igualdade seja o reconhecimento como mulheres, cidadãs e membros de grupos minoritários”<sup>973</sup>. As suas reivindicações fundamentais prendem-se com a rejeição de um entendimento apolítico da cultura, a rejeição de uma conceção da mulher como ser não dotado de capacidade de ação para operar mudanças na sua tradição cultural e a necessidade de levar em conta as

---

<sup>969</sup> *Idem*, cit., p. 166 ss.

<sup>970</sup> Afirmando também um princípio de não-monopólio, AYELET SHACHAR, *Multicultural...*, cit., p. 120 ss. Todavia, ANNE PHILLIPS é, ao contrário de AYELET SHACHAR, perentória na recusa de reconhecimento de sistemas de direito costumeiro ou de base religiosa, que entende violarem o princípio da igualdade, no direito da família. Reconhecendo precisamente essa diferença, ANNE PHILLIPS, *Multiculturalism...*, cit., p. 171.

<sup>971</sup> ANNE PHILLIPS, *Multiculturalism...*, cit., p. 169. De facto, a estar correta a crítica a um conceito reificado de cultura, bem como a inexistência de mecanismos convincentes que permitam aos membros de um grupo cultural um controlo democrático sobre aqueles que falam em seu nome, os referidos poderes regulatórios convertem-se em poderes autoritários. É, todavia, difícil distinguir medidas que empoderam um indivíduo e medidas que reforçam a autoridade de um grupo, tanto mais que atuações voluntárias de indivíduos podem reforçar a autoridade de um grupo e resultar em coerção dos outros membros do grupo (ob. cit., p. 176 e exemplos aí referidos).

<sup>972</sup> *Idem*, cit., p. 176-177. O seu multiculturalismo recusa aprisionar os indivíduos nas suas culturas e tratar as suas escolhas em contexto de pressão social como “inautênticas”, como se houvesse um leque de escolhas livres de pressões sociais, económicas, familiares ou culturais, e só este leque de opções “puras” contasse, mas recusa igualmente uma compreensão “tudo-ou-nada” da liberdade que retire do facto de uma pessoa se manter numa relação particular ou grupo cultural, e não faça uso da possibilidade de sair, signifique que consentiu em todos os seus traços ou elementos.

<sup>973</sup> AYELET SHACHAR, “Feminism...”, cit., p. 129.

condições jurídico-institucionais, as estruturas de representação do grupo e a forma como condicionam o espaço de ação real das mulheres<sup>974</sup>.

Reconhecendo, tal como PAREKH, TULLY, BENHABIB ou SHACHAR, o papel das interações na construção cultural, SONG considera fundamental ir mais além, debruçando-se sobre o modo como as interações culturais moldam as identidades e práticas das culturas minoritárias, salientando a importância das interações e lutas com outras culturas na formação das identidades culturais e a necessidade de compreender as dimensões ‘intra’ e ‘inter’ culturais dos conflitos culturais<sup>975</sup>. Se e em que medida os indivíduos se identificam, ou são identificados, com identidades sociais particulares é algo que resulta, combinadamente, da ação pública e dos constrangimentos e opções resultantes do ambiente que envolve os diferentes grupos identitários, não se tratando apenas de possuir certos atributos culturais, mas de se identificar com, e participar na via coletiva de variadas formas. A abordagem construtivista permite não só avaliar criticamente o papel do Estado na construção da cultura mas também tomar consciência da variabilidade que o valor e a experiência de pertença cultural assumem para diferentes membros do grupo e para diferentes grupos<sup>976</sup>.

A abordagem construtivista da cultura evidencia a contingência e variabilidade das experiências individuais de pertença cultural<sup>977</sup>, permitindo valorizar as dimensões de autoidentificação e de experiência pessoal da identidade cultural – dimensões, como justamente observa SONG, algo negligenciadas pela teoria multiculturalista<sup>978</sup> - o que nos remete para a questão das dimensões autónomas e heterónomas da adscrição cultural (e, conseqüentemente, para a questão do ‘direito de saída’ do grupo de pertença) e para a essencialidade de garantir ao indivíduo a possibilidade de deter controlo (ao menos, parcial) sobre a sua identificação cultural.

---

<sup>974</sup> *Idem*, cit., p. 129.

<sup>975</sup> SARAH SONG, *Justice...*, cit., p. 36 ss.

<sup>976</sup> *Idem*, cit., p. 36 ss.

<sup>977</sup> SARAH SONG, “Majority norms, multiculturalism and gender equality”, in *APSR*, vol. 99, n.º 4, 2005, p. 473 ss., nota que o critério de adscrição associado à identidade cultural dos grupos inclui ancestralidade partilhada, linguagem comum e costumes partilhados, mas também uma dimensão subjetiva, a de saber até que ponto indivíduos adotam as categorias e que significados lhes atribuem. Assim, alguém pode possuir os atributos associados a uma categoria mas não experimentar um sentimento forte de pertença, podendo resistir e mesmo procurar transformar as próprias categorias.

<sup>978</sup> SARAH SONG, *Justice...*, cit., p. 30 ss.

Neste sentido, a identidade é acesso a processos de identificação que desenvolvem e garantem as capacidades do sujeito de se ligar e desligar, nomeadamente de ser criador de objetos, e de *se construir* (uma vez que não é um dado), pressupondo a relação com o outro, a responsabilidade perante o outro (LEVINAS), em suma, alteridade e intersubjetividade<sup>979</sup>.

BENHABIB considera justamente que um dos princípios da convivência multicultural pluralista na esfera jurídica há-de ser o da auto adscrição voluntária, nos termos do qual “uma pessoa não deve ser automaticamente atribuída a um grupo cultural, religioso ou linguístico em virtude do seu nascimento”, devendo privilegiar-se a forma mais ampla de auto adscrição e autoidentificação<sup>980</sup>.

O movimento do conceito de identidade para o de afiliação – o primeiro, preferido pelo discurso multiculturalista, remetendo para algo fixo e previamente dado, o segundo apresentando-se como mais performativo e sugerindo maior flexibilidade – é central para o que HOLLINGER designa como a superação do multiculturalismo por uma perspetiva pós-étnica, perspetiva esta que favorece as afiliações voluntárias sobre as involuntárias, valoriza as múltiplas pertenças, balanceia o peso das comunidades originárias com a abertura de espaço para novas comunidades e promove solidariedades de largo espectro que incorporam pessoas com diferentes *backgrounds* étnicos e raciais<sup>981</sup>. Não se nega que as pessoas tenham identidades, mas sublinha-se que as identidades que as pessoas assumem são em grande medida adquiridas através da afiliação, seja ela prescrita ou, preferencialmente, escolhida<sup>982</sup>, dado que qualquer um de nós tem alguma margem de escolha dos “*circles of the we*” que prefere<sup>983</sup>. A perspetiva pós-étnica reconhece o carácter instrumental e o carácter e âmbitos variáveis das comunidades nas quais as pessoas desenvolvem os seus valores, políticas, critérios de verdade e identidades

---

<sup>979</sup> Patrice MEYER-BISCH, “Le sujet des droits...”, cit., *passim*.

<sup>980</sup> SEYLA BENHABIB, *Las reivindicaciones...*, cit., p. 216. Nos casos em que a identificação é controvertida, o Estado não deverá simplesmente outorgar o direito de definir e controlar a pertença grupal a expensas da própria pessoa, sendo ainda desejável que em algum momento da sua vida adulta as pessoas sejam consultadas para saber se aceitam pertencer às suas comunidades de origem.

<sup>981</sup> DAVID HOLLINGER, *Postethnic...*, cit., p. 3. A perspetiva pós-étnica é desenvolvida nas p. 105 ss.

<sup>982</sup> *Idem*, cit., p. 7. O conceito de afiliação é desenvolvido a p. 19 ss.

<sup>983</sup> DAVID HOLLINGER, “Postscript 2005”, in *Postethnic...*, cit., p. 219 ss.

peçoais e rejeita a tentação “pluralista” de uma sociedade internamente compartimentada a favor de uma perspectiva capaz de construir solidariedades globais com capacidade para responder aos dilemas presentes<sup>984</sup>. A perspectiva pós-étnica não implica, pois, em rigor, superar o multiculturalismo, mas preferir a sua dimensão cosmopolita à sua dimensão pluralista, propondo um cosmopolitismo rearticulado a partir do apreço pela etnicidade, aberto às múltiplas pertenças, em suma, um ‘cosmopolitismo enraizado’<sup>985</sup>. Um multiculturalismo assim articulado em modo cosmopolita concilia a importância de reconhecer ao indivíduo um ‘espaço de ação cultural’ (o qual, todavia, é balizado pelos contextos sociais em que se exerce), traduzido pela ‘afiliação’ ou ‘auto adscrição voluntária’, e a capacidade de se inscrever em diferentes níveis de solidariedade ou pertença.

Finalmente, o movimento no sentido de conferir centralidade ao indivíduo e à sua capacidade de escolha, que identificamos nas propostas analisadas supra, de HABERMAS a SEN e a ANNE PHILLIPS, podem inscrever-se num quadro mais amplo de perspectivas centradas sobre o sujeito e o indivíduo, entre as quais se destaca a proposta de TOURAINE de pôr em primeiro lugar o sujeito como forma de combater os excessos, seja do comunitarismo seja do neoliberalismo. Como nota FACCHI, colocar o indivíduo em primeiro plano não significa, do ponto de vista metodológico, ter por referência um indivíduo abstrato sem referências culturais e sociais nem, do ponto de vista político, prescindir da referência às dimensões coletivas<sup>986</sup>.

---

<sup>984</sup> DAVID HOLLINGER, *Postethnic...*, cit., p. 12-13. Colocámos pluralista entre aspas uma vez que a expressão tem um significado específico na proposta do autor, que identifica (ob. cit., p. 3-4) multiculturalismo uma tensão crescente mas dificilmente apercebida entre programas cosmopolitas e pluralistas para a defesa da diversidade cultural. Enquanto “o pluralismo respeita as fronteiras herdadas e localiza os indivíduos dentro de um ou outro de uma série de grupos etno-raciais a proteger e preservar”, o cosmopolitismo “está mais consciente das compartimentações tradicionais e privilegia as afiliações voluntárias”, “promove as múltiplas identidades, enfatiza o caráter dinâmico e mutável de muitos grupos, e é sensível ao potencial de criação de novas combinações culturais”. A perspectiva pós-étnica baseia-se precisamente no elemento cosmopolita do movimento multiculturalista em detrimento do elemento pluralista.

<sup>985</sup> Sobre o tema, WILL KYMLICKA/KATHRYN WALKER, "Rooted Cosmopolitanism: Canada and the World", in WILL KYMLICKA/KATHRYN WALKER (eds.), *Rooted Cosmopolitanism: Canada and the World*, Vancouver/Toronto, UBC Press, 2012, p. 1 ss.

<sup>986</sup> ALESSANDRA FACCHI, “Prospettive...”, cit.

## CAPÍTULO II. A DEFINIÇÃO DA ATITUDE CULTURAL DO ESTADO

### 1.A (discutível) neutralidade

Como deve o Estado<sup>987</sup> posicionar-se perante as diversas identidades culturais (em sentido lato) dos indivíduos? Esta questão comporta, na realidade, diferentes questões: o Estado está vinculado a um mandato de neutralidade? Que deveres resultam para o Estado do reconhecimento do valor das pertenças culturais e da diversidade cultural?

Numa perspetiva liberal “clássica” da teoria política, sede natural do princípio da neutralidade, o Estado e os poderes públicos devem manter-se neutros, nas suas *ações* ou *justificações* dessas ações (consoante a perspetiva) em relação às várias conceções de “vida boa”, ou de bem, existentes na sociedade plural.

Tratando-se de um princípio político, a neutralidade ética apenas se impõe ao Estado, não ao indivíduo<sup>988</sup>, não podendo negar-se “a distinção entre o imperativo (o dever) de *neutralidade ética ou mundividencial do Estado*, por um lado, e a *possibilidade de opção e defesa de particulares convicções* e mundividências, de conceções do que é politicamente desejável, do que é eticamente valioso, por outro”<sup>989</sup>. Do cidadão é esperada uma diferenciação de papéis entre contextos sociais e político-estaduais<sup>990</sup>.

---

<sup>987</sup> A forma de entender o papel do Estado varia, naturalmente, consoante a conceção político-filosófica de base. Em extrema síntese, e seguindo OLIVIER NAY, se para o libertarismo o papel do Estado é o de garantir as liberdades individuais (Estado “guarda noturno”), o liberalismo combina esta dimensão com a da correção da injustiças e garantia da igualdade de oportunidades através do direito, o comunitarismo atribui ao Estado o papel de protetor das solidariedades e valores comunitários e o multiculturalismo atribui-lhe a garantia das liberdades individuais e a proteção dos direitos culturais. OLIVIER NAY, *Histoire...*, cit., p. 524 ss. e, para um síntese, p. 556.

<sup>988</sup> Ou seja, a moralidade individual não exige aos seus sujeitos, os indivíduos, que sejam neutros da mesma forma que a moralidade política exige que o Estado, e entes públicos, o sejam, cf. JÁNOS KIS, “State Neutrality”, in *The Oxford...*, cit., p. 319 ss., p. 319.

<sup>989</sup> Paulo MOTA PINTO, “Nota sobre ...”, cit., p. 760.

<sup>990</sup> STEFAN HUSTER, *Die ethische Neutralität des Staates*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2002, p. 680. Como notam Anthony SIMON LADEN /DAVID OWEN, *Multiculturalism...*, cit., p. 9, o liberalismo oferece uma justificação teórica para a proteção das liberdades individuais através de um argumento de igualdade e semelhança humana: as pessoas podem ter diferentes religiões e conceções de bem mas, para além disso, são todas basicamente iguais pois todas desejam ser tratadas de forma igual no que diz respeito à partilha dos bens básicos, como liberdade, oportunidades, rendimento e respeito.

O que o postulado da “neutralidade ética” do Estado significa é que este se encontra *acima* de concepções particulares de vida boa e do acima do particularismo cultural, no plano da universalidade e do interesse geral ou público<sup>991</sup>, o que pode ser formulado de um ponto de vista político como “precedência do justo sobre o bom”. O liberalismo consegue esta separação recorrendo à contraposição entre esfera pública e esfera privada, colocando a identidade cultural na esfera privada, a das cosmovisões e concepções de vida boa, na qual os indivíduos gozam de autonomia para escolher o seu projeto de vida, devendo, na esfera pública, concordar com os princípios de justiça que não manifestam esses projetos (e, portanto, a identidade cultural e religiosa não tem lugar na esfera pública). Uma manifestação deste modelo é, precisamente, o princípio da separação entre estado e religião<sup>992</sup>.

A formulação do princípio da neutralidade pública a que vimos aludindo foi aperfeiçoada por JOHN RAWLS nas suas obras *Uma teoria da justiça* (1971) e *Liberalismo Político* (1993). De acordo com a concepção do filósofo norte-americano, o poder político não pode justificar as suas ações invocando a superioridade de uma determinada concepção substancial de bem (“doutrinas morais compreensivas”) que assim visa realizar. RAWLS não nega “o facto do pluralismo”<sup>993</sup>, antes considera que, precisamente por causa de esse pluralismo ser um traço fundamental das sociedades democráticas modernas (e não apenas uma condição histórica que pode desaparecer), não resta senão a opção pelo modelo da neutralidade política, uma vez que o Estado não pode impor medidas (exercer coercibilidade) com fundamento em visões morais ou religiosas de tipo compreensivo. RAWLS admite, é certo, que argumentos das doutrinas compreensivas (v.g. religiosos) possam entrar na discussão pública de questões de justiça, desde que suportados por argumentos públicos adequados<sup>994</sup>. Esta perspetiva conduz à rejeição de um Estado virtuoso ou perfeccionista, e apresenta virtualidades na difícil questão de assegurar a convivência pacífica entre diferentes concepções de bem, de natureza religiosa ou não, promovendo a sua coexistência

---

<sup>991</sup> PATRICK SAVIDAN, *Le multiculturalisme*, cit., p. 66

<sup>992</sup> TARIQ MODOOD, *Multiculturalism...*, cit., p. 23 ss.

<sup>993</sup> JOÃO CARDOSO ROSAS, *Concepções...*, cit., p. 48 ss.

<sup>994</sup> *Vd.* JOHN RAWLS, *A Lei dos Povos*, Coimbra, Quarteto, 2000, p.166 ss.



dentro de um Estado constitucional democrático de direitos fundamentais, com especial atenção ao estatuto das visões minoritárias<sup>995</sup>.

Do ponto de vista da teoria do Direito, esta mesma discussão reflete-se na forma de entender o Direito, apelando os liberais, como RAWLS e DWORKIN, a uma ordem jurídica *eticamente neutra*, permitindo a cada pessoa uma oportunidade igual de adotar a sua própria concepção de vida boa, ao passo que os comunitaristas discutem a neutralidade ética do direito, na qual não acreditam, e esperam que o Estado de Direito, se necessário, avance ativamente concepções específicas de vida boa<sup>996</sup>.

A descrição do Estado liberal como neutro é problemática por diversas razões, umas de ordem mais pragmática, outras de ordem mais teórica, relacionadas com o próprio conceito de neutralidade adotado. Para além de um núcleo mínimo de consenso quanto ao que implica esta neutralidade como princípio político, muitas são as divergências na forma de conceber a neutralidade (quanto aos resultados e quanto às justificações, quanto aos fins e quanto aos meios, como não discriminação ou como consenso)<sup>997</sup>.

A crítica à neutralidade pode dirigir-se à possibilidade de uma neutralidade como exclusão dos ideais ou como exclusão da ética, sustentando em alternativa a impregnação ética do direito e da política<sup>998</sup> e a necessidade de reconhecer que concepções de justiça como a liberal assentam numa “ética pressuposta”<sup>999</sup>. Esta última

---

<sup>995</sup> JÓNATAS MACHADO, “A jurisprudência...”, cit., p. 75 e 76. O autor sublinha aí as implicações desta concepção para o direito constitucional, ao qual caberia “com os seus valores político-liberais de separação entre a esfera pública e a privada, secular e sagrada”, fornecer “uma plataforma comum, não religiosa, aceitável por todas as forças sociais da comunidade política, tanto religiosas como não religiosas”.

<sup>996</sup> JÜRGEN HABERMAS, “La lucha...”, cit., p. 192-3.

<sup>997</sup> JANOS KIS, “State Neutrality...”, cit., *passim*, NEUS TORBISCO CASALS, *Minorias...*, cit., p. 177 ss. Mas uma coisa, sustenta Casals, é a *justificação* da neutralidade, outra coisa a neutralidade em si, e esta não pode ser vista como um fim, mas antes como um meio.

<sup>998</sup> Como sustenta JÜRGEN HABERMAS, “La lucha...”, cit., p. 206, “Dado que as questões ético-políticas são uma componente ineludível da política e que a sua regulação expressa a identidade coletiva de uma nação de cidadãos, podem surgir lutas culturais nas quais as minorias em situação desvantajosa podem opor resistência a uma cultura majoritária insensível. O detonador não é a neutralidade ética de um ordenamento jurídico estatal, mas a inevitável impregnação ética de toda a comunidade jurídica e de todo o processo democrático de realização dos direitos fundamentais”.

<sup>999</sup> Ou, de outra perspetiva, que a comunidade constitucional é também uma comunidade moral, *vd.* JÓNATAS MACHADO, “A jurisprudência...”, cit., p. 79 e LUÍS PEREIRA COUTINHO, *A autoridade ...*, cit., *passim*.

versão, que designa “neutralidade política compreensiva”, é a que, segundo RAZ, os liberais privilegiam, tanto mais dada a impossibilidade de uma neutralidade como exclusão de todos os ideais, já que teorias da justiça como a de RAWLS implicam, também elas, uma ética pressuposta, um compromisso com uma determinada ideia de bom e uma determinada escolha de fins, em suma, o valor da autonomia e da soberania do indivíduo<sup>1000</sup>.

A crítica dirige-se também à “compartimentação” do indivíduo<sup>1001</sup> que resulta da separação entre “esfera pública” e “esfera privada”, à contraposição entre razões “religiosas” e “seculares” (e, designadamente, à pressuposição de que as preferências religiosas e culturais dos cidadãos são “irracionais” ou um “resquício” de concepções antiquadas acerca da pessoa humana<sup>1002</sup>) e entre “dimensão privada” e “dimensão política”, e à consequente restrição dos discursos de autocompreensão através de regras destinadas a excluir do discurso político, ou da esfera pública, temas em relação aos quais não é possível obter consenso. Por outro lado, a visão “não contaminada” do debate público, invocada com fundamento na necessidade de garantir ao sujeito um espaço alargado de opção entre visões do mundo na esfera privada, garantindo que os poderes públicos não tomam qualquer decisão que condicione esse ‘espaço de manobra’, pode ainda ser objeto de contestação com fundamento em que, excluindo as razões resultantes de doutrinas compreensivas do debate público, se *discriminam* as razões religiosas para sustentar a moralidade de certas opções quando não sustentadas por razões seculares (estas aceites independente dos seus fundamentos)<sup>1003</sup>. Ou seja, a inclusão destas razões pode vir justificada precisamente a partir da não discriminação e da igual consideração e respeito que a neutralidade visa prosseguir.

Com efeito, a *neutralidade* referida ao procedimento, implicando a primazia do justo sobre o bom nos termos da lógica da argumentação, vem frequentemente garantida por regras de evitação, regras de mordaza (“gag rules”), destinadas a deixar

---

<sup>1000</sup> Discutindo a questão, NEUS TORBISCO CASALS, *Minorias...*, cit., p. 177 ss.

<sup>1001</sup> JÓNATAS MACHADO, “A jurisprudência...”, cit., p. 78.

<sup>1002</sup> *Idem*, cit., p. 76.

<sup>1003</sup> Criticamente, considerando que os fundamentos religiosos de posições morais não devem ser discriminados face aos fundamentos seculares dessas posições na argumentação pública, Michael J. PERRY, “Why Political Reliance on Religiously Grounded Morality Does Not Violate the Establishment Clause”, *WMLR*, vol. 42, 2001, p. 663 ss. Veja-se igualmente JÓNATAS MACHADO, “A jurisprudência...”, cit., p.77.

o que é controvertido, porque referido às nossas concepções de bem, fora do discurso político. Os liberais objetam à não limitação temática da discussão política aberta a quaisquer temas, pelo risco de desproteção da integridade pessoal do indivíduo.

HABERMAS nota que este tipo de restrições, ao excluir *prima facie* questões éticas do discurso político, prejudicam a “ordem do dia” pois “se nem podemos começar por submeter a discussão as nossas diferenças de opinião, não poderemos sondar as possibilidades de um acordo alcançável discursivamente”<sup>1004</sup>. Ora, independentemente de a distinção entre uma “esfera pública” e uma “esfera privada”<sup>1005</sup> se apresentar já de si controversa, ainda que se aceite a sua co-originalidade, terá ao menos de reconhecer-se o caráter histórico e móvel das fronteiras entre as esferas e a necessidade de que a destrição entre ambas não esteja excluída da discussão política<sup>1006</sup>.

A objeção dos liberais à não limitação temática, que se funda no receio de que ela possa traduzir uma vulneração da esfera privada e dos direitos subjetivos das pessoas, pode ser combatida através da distinção entre “discussão pública” e “regulação pública” a que se refere HABERMAS. Com efeito, “[f]alar sobre uma coisa não é o mesmo que imiscuir-se nos assuntos do próximo. (...) todos os assuntos que careçam de regulação pública devem discutir-se publicamente; mas nem tudo o que justificadamente é objeto de discussão pública é também convertido em objeto de regulação política”<sup>1007</sup>. Nesta versão (tolerante)<sup>1008</sup>, o princípio da neutralidade significa que quer a formação informal da opinião e da vontade, quer a regulada por

---

<sup>1004</sup> JÜRGEN HABERMAS, “Política deliberativa: um conceito procedimental de democracia”, in *Facticidad y Validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, Madrid, Editorial Trotta, 1998, p. 387.

<sup>1005</sup> As restrições ao discurso são igualmente criticadas pela literatura feminista, mostrando que servem frequentemente para manter como “privadas” questões que são de interesse público e que aos interessados interessa discutir publicamente. Vejam-se, em especial, as objeções que as autoras feministas levantam à versão rígida da neutralidade, defendendo que todos os temas que pelo menos um dos participantes possa ter por publicamente relevante tem de poder debater-se publicamente, pois, caso assim não fosse, seriam mantidos longe da ordem do dia assuntos tradicionalmente tidos como “privados” (e.g. violência doméstica). Algumas demandas começam por ser consideradas assuntos “privados” mas depois impõem-se no espaço da opinião pública, são reconhecidas como temas políticos e afirmam-se entre interpretações de si e do mundo em competição.

<sup>1006</sup> Assim, JÜRGEN HABERMAS, “Política...”, cit., p. 387 ss.

<sup>1007</sup> *Idem*, cit., p. 391.

<sup>1008</sup> *Idem*, cit., p. 387.

procedimentos, poderão estender-se a questões éticas relevantes da vida boa, da identidade coletiva e da interpretação das necessidades.

A neutralidade política liberal pode vir igualmente rejeitada a partir de uma perspectiva republicana<sup>1009</sup> ou neorepublicana. Entre os republicanismos, o *republicanismo crítico* de MAYNOR considera que tal rejeição é imposta pela defesa das virtudes cívicas republicanas. Cabe ao Estado favorecer um contexto para a liberdade de escolha, mas não ser neutro uma vez que se opõe à existência de bens que sejam bens de dominação, podendo ser prosseguidas apenas as concepções de bem compatíveis com o ideal de não dominação. Este quasi-perfeccionismo<sup>1010</sup>, ou paternalismo brando (porque não coercivo)<sup>1011</sup>, pode igualmente ser ilustrado através da reflexão de CÉCILE LABORDE<sup>1012</sup>, também ela representante da variante do republicanismo crítico, sobre a interdição de símbolos religiosos ostensivos nas escolas públicas em França, a partir de um conceito de “não dominação” republicana<sup>1013</sup>. O ideal republicano de não dominação está relacionado com o nosso estatuto de indivíduos livres e autónomos, ainda que não exija autonomia plenamente desenvolvida (a dominação viola um interesse básico: o da *autonomia mínima*). A “não dominação” é vista por LABORDE como “controlo discursivo” porquanto não corresponde a um interesse básico e universal em prosseguir uma vida de autonomia assertiva (que corresponde a uma determinada concepção de bem), *mas faz relevar um interesse básico e universal em evitar a servidão ética*, levando em conta a análise contextual e as relações de poder efetivas.

Finalmente, o liberalismo ignora a própria fundação cultural e histórica do Estado liberal e dos valores liberais e, designadamente, que as suas instituições e

---

<sup>1009</sup> Sobre a renovação do republicanismo e suas variantes, ROBERTO MERRIL/ VINCENT BOURDEAU, “Republicanismo”, in JOÃO CARDOSO ROSAS (org.), *Manual de Filosofia Política*, Coimbra, Almedina, 2008, p. 109 ss. e RICARDO LEITE PINTO, “Uma introdução ao neo-republicanismo”, *AS*, vol. XXXVI, 2001, p. 461 ss.

<sup>1010</sup> Que se distingue do *perfeccionismo* porque o objetivo do Estado é contribuir para tornar possível uma pluralidade de fins compatíveis com a não dominação, e não realizar uma concepção de bem em detrimento de outras, *vd.* ROBERTO MERRIL/ VINCENT BORDEAU, “Republicanismo”, *cit.*, p. 118-119.

<sup>1011</sup> Sobre a questão, ROBERTO MERRIL/ VINCENT BORDEAU, “Republicanismo”, *cit.*, p. 120-121.

<sup>1012</sup> CÉCILE LABORDE, “On republican toleration”, in *Constellations*, 9, 2005, p. 167 ss. e “Female autonomy, education and the *Hijab*”, in *CRISPT*, vol. 9, 2006, p. 351 ss.

<sup>1013</sup> CÉCILE LABORDE, “Female ...”, *cit.*

práticas culturais, nelas incluído o seu Direito, são ‘culturais’, refletindo, as mais das vezes, a cultura majoritária - ou seja, que o Estado é cultural e não pode, sequer, deixar de o ser, uma vez que está sempre comprometido com uma certa conceção de Bem ou uma certa cultura. Como lembra HABERMAS, “o ordenamento jurídico é também expressão de uma forma de vida particular e não apenas reflexo especular do conteúdo universal dos direitos fundamentais”<sup>1014</sup>, salientando ainda que “o processo de realização do Direito deve inserir-se em contextos que requerem tanto uma importante componente política como também discursos de auto compreensão, ou seja, discussões sobre uma conceção comum de bem e da forma de vida desejada e reconhecida como autêntica”<sup>1015</sup>. Estas asserções remetem-nos para a compreensão da “dialógico-analógicamente entretida “experiência” histórico socialmente situada” da qual brotam as normas<sup>1016</sup> e para a afirmação de que “a vida social-histórica de que brotam as normas jurídicas não se reduz aos factos puros e contingentes nem segrega apenas “ideologias”, revela também e constitui uma cultura, um consenso axiológico-normativo, mais profundo mas nem por isso menos real”<sup>1017</sup>.

Assim, os Estados-nação liberais são, eles mesmos, veículos de uma *identidade* determinada, pelo que não se aplicam os mesmos princípios que mobilizam contra certas, ou outras, formas etnoculturais e religiosas<sup>1018</sup>. Na conceção de KYMLICKA, tão-pouco faz sentido uma analogia entre cultura e religião, dado que o

---

<sup>1014</sup> JÜRGEN HABERMAS, “La lucha...”, cit., p. 205, apesar de entender que a formação da opinião e da vontade política dos cidadãos, quando orientada para a ideia de realização dos direitos, não deve ser equiparada, tal como propõem os comunitaristas, a uma determinada auto compreensão ético-política.

<sup>1015</sup> *Idem*, cit., p. 205. Recorde-se a distinção habermasiana entre normas morais e normas jurídicas (ob.cit., p. 204 e 205).

<sup>1016</sup> FERNANDO J. BRONZE, “Pessoa, Direito e Estado”, in *Estudos em Honra do Professor Doutor José de Oliveira Ascensão*, vol. I, Coimbra, Almedina, 2008, p. 317. O autor afasta-se da posição habermasiana pela necessidade de, para aferir da validade do sistema jurídico, completar o consenso pela referência a um elemento *substancial*.

<sup>1017</sup> J. C. VIEIRA DE ANDRADE, *Os direitos ...*, cit., p. 49, “sendo nesse consenso cultural que radica a obrigatoriedade jurídica do respeito pela dignidade (absoluta) da pessoa-valor, “ideia fundamental de justiça” (*idem*, n. 101). Sobre a questão, *vd.* ainda LUÍS PEREIRA COUTINHO, *A autoridade...*, cit., p. 545 ss., VASCO DUARTE DE ALMEIDA, “Sobre o valor da dignidade da pessoa humana”, *RFDUL*, vol. XLVI, 2005, p. 623 ss., p. 640 ss. e RUI GUERRA DA FONSECA, “O tempo e as vicissitudes constitucionais. Degradação da civilidade e perda do sentido normativo”, in CARLA AMADO GOMES (org.), *V Encontro de Professores de Direito Público*, ICJP, 2012, p. 31 ss., disponível em [www.icjp.pt](http://www.icjp.pt).

<sup>1018</sup> PATRICK SAVIDAN, *Le multiculturalisme*, cit., p. 81 ss.

Estado pode ser neutro em relação à religião, no sentido em que *não tem* uma religião, mas não pode sê-lo em relação à cultura, uma vez que não pode pura e simplesmente ser *acultural* ou não intervir em matéria cultural<sup>1019</sup>.

O Estado é, por conseguinte, “irremediavelmente sujeito responsável tanto do reconhecimento como da reprodução de grupos etnoculturais específicos, pelo que parece inevitável – até certo ponto – a politização das identidades culturais”<sup>1020</sup>. Na conceção de KYMLICKA, o reconhecimento das identidades culturais e dos direitos das minorias surge, não como desvio a uma suposta regra de neutralidade etnocultural aplicável às democracias liberais, que não existe<sup>1021</sup>, mas como resposta à construção da nação pela maioria, em sentido inclusivo ou em sentido excludente. Promover uma cultura societal através de políticas públicas, e a integração (dos imigrantes e de todos) nessa cultura, “é parte substancial de qualquer projeto de “construção nacional” empreendido por todas as democracias liberais”<sup>1022</sup> e um dos traços do Estado contemporâneo<sup>1023</sup>, pelo que o que distingue nações pluralistas e nações étnicas é, não a neutralidade, mas a exclusão e/ou inclusão: o nacionalismo étnico é excludente, o nacionalismo pluralista é inclusivo<sup>1024</sup>.

Pode sustentar-se, na perspetiva do nacionalismo liberal, que o Estado *não deve sequer procurar ser neutro no plano cultural*, se visa assegurar a viabilidade e

---

<sup>1019</sup> WILL KYMLICKA, *Estados...*, cit., p. 56. “É admissível que um Estado não seja confessional. Mas é muito improvável que o Estado não seja um fator coadjuvante para estabelecer, ao menos parcialmente, uma cultura determinada se tem a faculdade de decidir qual será a língua oficial do governo, que idioma e que programa de história devem aprender as crianças na escola, quem é admitido como imigrante, que língua e programa de história devem aprender estes últimos para chegar a ser cidadãos, se se instituem demarcações geopolíticas com circunscrições dominadas por minorias nacionais, etc. Todas estas decisões políticas acabam incidindo diretamente sobre as culturas societais”. Criticando o “viés secularista” de WILL KYMLICKA, que acusa de não aprofundar as consequências da rejeição da neutralidade em relação aos grupos religiosos, TARIQ MODOOD, *Multiculturalism...*, cit., p. 23 ss.

<sup>1020</sup> WILL KYMLICKA, *Estados...*, cit., p. 48 e p. 50 ss.

<sup>1021</sup> WILL KYMLICKA, “The new debate...” cit., p.33 ss.

<sup>1022</sup> WILL KYMLICKA, *Estados...*, cit., p. 53.

<sup>1023</sup> *Idem*, cit., p. 57.

<sup>1024</sup> *Idem*, cit., p. 56-57, escrevendo “as nações étnicas (...) definem a pertença em virtude da descendência, pelo que os membros de um grupo racial ou étnico diferente (...) têm as maiores dificuldades possíveis na hora de adquirir a nacionalidade (...). As nações pluralistas (...) são em princípio recetivas a qualquer um que viva no seu território, desde que aprenda língua e a história do país. Definem a pertença em função da participação de uma cultura societal comum, aberta a todos, depreciando qualquer fundamento étnico”.

estabilidade sociais<sup>1025</sup>. Ou seja, porque as “narrativas culturais” são fundamentais para que os indivíduos tomem decisões sustentadas sobre como conduzir a sua vida, os indivíduos devem proteger as suas culturas, enquanto espectro e contexto de opções significativas. A consideração da liberdade individual afasta a ideia da pertença a uma cultura nacional como “uma preferência irracional e antiliberal” a favor da identidade do grupo<sup>1026</sup>. O nacionalismo liberal enfrenta, porém, um dilema: para ser eficaz no processo de união, corre o risco de ser injusto, para ser justo, corre o risco de não controlar a instabilidade, a politização das identidades culturais e a crispação das relações identitárias<sup>1027</sup>. A identidade nacional e o sentimento de pertença não são um dado, mas algo de construído com o auxílio de políticas de “*nation building*” tanto mais necessárias quanto menor a homogeneidade *de facto* do seu substrato pessoal, o que levanta a questão essencial da compatibilização entre a construção do estado nacional (nacionalismo de estado) e a destruição das minorias nacionais (nacionalismo minoritário)<sup>1028</sup>.

Podemos, todavia, pretender distinguir a neutralidade de facto e o ‘ideal’ de neutralidade. O facto de os Estados liberais não serem, ou não terem sido, neutros *não significa que não seja defensável que devam sê-lo*, de um ponto de vista normativo e, para o que nos importa, de um ponto de vista jurídico, por causa do pluralismo e em homenagem a um princípio de igual consideração e respeito, continuando em aberto a questão da “reconstrução neutral do Estado”<sup>1029</sup>. Ora, se não pudermos sustentar uma neutralidade perfeita, poderemos talvez advogar uma neutralidade *possível*, de acordo

---

<sup>1025</sup> PATRICK SAVIDAN, *Le multiculturalisme*, cit., p. 85 ss. Esta via é sustentada com base em argumentos de justiça social (sustentando que as políticas de redistribuição supõem uma identidade comum entre aquele que sustenta e aquele que é sustentado, que poderia ser dada pela identidade nacional), de igualdade de oportunidades (compensando através de um sistema nacional de educação as desigualdades sociais no acesso aos recursos linguísticos e culturais) e com base no laço entre liberdade individual e identidade nacional (como fonte de sentido). Explorando estas dimensões, WILL KYMLICKA/CHRISTINE STRAEHLE, “Cosmopolitanism...”, cit., p. 65 ss.

<sup>1026</sup> WILL KYMLICKA, *Estados...*, cit., p. 57 ss. O pressuposto de que a liberdade e igualdade que interessa à maior parte das pessoas é aquela de que usufruem na sua cultura societal justifica o pouco interesse que a teoria liberal dedica à abertura de fronteiras, e a conhecida assunção de Rawls de que se espera que cada um nasça e conduza a sua vida dentro da mesma sociedade e cultura.

<sup>1027</sup> PATRICK SAVIDAN, *Le multiculturalisme*, cit., p. 89-90, citando DANIEL WEINSTOCK.

<sup>1028</sup> Sobre as políticas de *nation building* dos modernos Estados democráticos, WILL KYMLICKA/CHRISTINE STRAEHLE, “Cosmopolitanism...”, cit., p. 73 ss.

<sup>1029</sup> NEUS TORBISCO CASALS, *Minorias...*, cit., p. 287.

com a qual o Estado mantenha a aspiração de não tomar partido sobre o mérito das concepções de vida boa existentes sob a sua jurisdição, mas ainda assim reconheça a necessidade de restringir algumas delas quando se trate de concepções suscetíveis de comprometer o diálogo ou certos princípios considerados fundamentais<sup>1030</sup>. Mas, aí, será necessário precisar em que sentido poderá recorrer-se ao princípio da neutralidade.

Perante a impossibilidade de uma rigorosa *neutralidade de resultados* (por ser impossível que uma qualquer medida estadual deixe de afetar as posições relativas dos indivíduos ou dos grupos), será plausível uma *neutralidade de razões*, ou seja, que a ação seja adotada com base em razões que não assentem numa ordenação de valor de convicções ou estilos de vida<sup>1031</sup>.

A neutralidade entendida em sentido “derivativo”<sup>1032</sup>, como exigência do tratamento de todos os cidadãos com igual consideração e respeito em sentido ‘dworkiniano’, tem sido defendida pela teoria liberal a partir de duas frentes: *neutralidade como não-discriminação* (é vetada a discriminação baseada em julgamentos valorativos de comparação entre convicções básicas e estilos de vida em relação aos quais cidadãos razoáveis discordam) e *neutralidade como razões partilhadas* (veta a justificação do uso legítimo do poder coercivo fundada em “perspetivas compreensivas”, não fornecendo razões suscetíveis de ser partilhadas por todos os cidadãos). Na terminologia de KIS, a primeira formulação refere-se à *forma como o Estado trata os cidadãos*, a segunda à *forma como fala com eles e sobre eles*<sup>1033</sup>. A neutralidade pode ainda resultar de uma combinação entre ambas as dimensões, como propõe KIS, que recupera o “teste de reconhecimento” para apurar da neutralidade. Assim, quando “as razões para adotar e reforçar um ato estadual fazem (...) referência explícita ou implícita à identidade social da comunidade em cujo nome o ato é adotado e aplicado (...) e o grupo identificado desta forma é menos inclusivo que a comunidade como um todo, alguns cidadãos não podem senão sentir-

---

<sup>1030</sup> JOHN KEKES, “Pluralismo...”, cit., p. 220.

<sup>1031</sup> JÁNOS KIS, “State neutrality”, cit., p. 319-320 e NEUS TORBISCO CASALS, *Minorias...*, cit., p. 163 ss. Esta “neutralidade de razões” pode, por sua vez e segundo KIS, ser tomada num de dois sentidos, aplicando-se à intenção ou *razão* efetivamente apresentada (“neutrality of intent”) ou à justificação ou *melhor razão apresentável* para a medida sob certas condições ideais (“justificatory neutrality”).

<sup>1032</sup> JÁNOS KIS, “State neutrality”, cit., p. 320, perspetiva seguida também pelo autor.

<sup>1033</sup> *Idem*, cit., p. 324.



se como tendo-lhes sido negado o reconhecimento como membros plenos da comunidade”. Isto acontece porque essas pessoas não podem aceitar essas razões sem renunciar ao seu sentido de cidadania plena e, nessa medida, este teste de reconhecimento é um teste de neutralidade na identificação de razões partilhadas que convoca, simultaneamente, a neutralidade como não discriminação (pois uma discriminação pode ser uma forma de não reconhecimento)<sup>1034</sup>.

A versão da *neutralidade como não discriminação*, sustentam os comunitaristas, pressupõe que os indivíduos formam as suas concepções de bem “a partir do nada”, ignorando que essa formação se baseia na informação cultural e no ambiente. Pode igualmente sustentar-se, apelidando-se em regra essa perspetiva de *perfeccionista*, que não é moralmente reprovável que um governo democrático afete recursos coletivos a promover *certas* atividades valiosas, pelo que uma medida que promova um certo estilo de vida pode ser justificada se não visar promover *este* ou *aquela* estilo de vida, mas melhorar as condições gerais de vida, as condições de escolha dos indivíduos e facilitar escolhas mais reflexivas<sup>1035</sup>. Tornando a MAYNOR, quer no liberalismo quer no republicanismo o Estado tem um papel regulador, mas as razões que o justificam e o campo de aplicação são diferentes: o Estado liberal ‘intervém’ no ‘mercado cultural’ de duas maneiras, confiando no perfeccionismo social e mantendo-se neutro e assegurando-se da autonomia dos indivíduos; o Estado republicano intervém promovendo os valores que integram o ideal da reciprocidade e regulando as escolhas através do poder constitucional, sendo que, de acordo com o ideal de não dominação, certas interferências não são arbitrárias se visarem defender os interesses dos indivíduos<sup>1036</sup>.

Quanto à *neutralidade como razões partilhadas*, parece poder assimilar-se ao consenso de sobreposição, que pressupõe que as pessoas possam discordar quanto às suas diversas visões compreensivas (“*comprehensive views*”) mas estejam de acordo quanto aos princípios políticos, distinção que é objeto de contestação, pois ignora que o consenso acerca dos princípios políticos só se verifica enquanto eles forem

---

<sup>1034</sup> *Idem*, cit., p. 331-2.

<sup>1035</sup> *Idem*, cit., p. 325 ss. Assim, por exemplo, o *republicanismo crítico* de John Maynor rejeita o ideal de neutralidade política liberal sustentando que o Estado não é neutro porque se opõe à existência de bens que sejam bens de dominação, pelo que todas as concepções de bem compatíveis com o ideal de não dominação podem ser prosseguidas - Roberto MERRILL e Vincent BOURDEAU, “Republicanismo”, cit., p. 112 ss.

<sup>1036</sup> Roberto MERRILL e Vincent BOURDEAU, “Republicanismo”, cit., p. 119.

formulados a um elevado nível geral de abstração, e que esta abstração tem um preço, que é o retorno às visões compreensivas<sup>1037</sup>.

Em suma, o conceito de neutralidade do Estado refere-se ao modelo de organização política num contexto de crescente pluralismo ético, o que coloca a questão da procura de uma teoria da neutralidade “constitucionalmente adequada”<sup>1038</sup> (a qual, para STEFAN HUSTER, corresponde a uma reconstrução da neutralidade do Estado como exigência de *neutralidade na justificação* (“*Begründungsneutralität*”) da ação estadual) que não pode deixar de corresponder a uma determinada visão, mais ou menos densa, de Constituição<sup>1039</sup> e de relação entre “política” e “jurisdição”<sup>1040</sup>.

Quanto a nós, assumindo que o Estado não pode ser totalmente neutro quanto aos *fins* (porque não é uma entidade abstrata, mas uma realidade histórica e formada por pessoas que, em termos práticos, orientam a sua ação por fins comuns), poderemos continuar a sustentar que o seja quanto ao modo de atuação e eleição dos referidos fins, perante a inevitabilidade das escolhas em contextos plurais. Partindo do conceito de neutralidade quanto à justificação, propomos a sua aproximação a uma exigência de “inclusão de razões”. De acordo com esta perspetiva, a neutralidade aproxima-se do conceito de *imparcialidade* como obrigação de inclusão dos interesses relevantes (através do qual se tomam em conta os interesses de todos os afetados como seres morais e políticos iguais<sup>1041</sup>), sob pena de défice ou ausência de ponderação<sup>1042</sup>, o que nos conduz, num segundo momento, à ponderação ou “proporcionalidade em sentido estrito” como razão prática ou “ponderação de todas as

---

<sup>1037</sup> JÁNOS KIS, “State neutrality”, cit., p. 325 ss.

<sup>1038</sup> STEFAN HUSTER, *Die ethische...*, cit., p. 679 e, desenvolvidamente, p. 43 ss. Entre nós, PAULO MOTA PINTO, “Nota sobre o ‘imperativo de tolerância’ e seus limites”, in *Estudos em Memória do Conselheiro Luís Nunes de Almeida*, Coimbra, Coimbra Editora, 2007, p. 747 ss.

<sup>1039</sup> Sobre a questão, e criticamente a propósito da posição de HUSTER, vd. SILVIA NICCOLAI, “Proposte...”, cit., p. 579-614.

<sup>1040</sup> STEFAN HUSTER, *Die ethische...*, cit., p. 686 e, desenvolvidamente, p. 633 ss.

<sup>1041</sup> Recorremos à formulação do princípio regulador da imparcialidade da justificação pública de SEYLA BENHABIB, *Las reivindicaciones...*, cit., p. 237.

<sup>1042</sup> Trata-se, para o direito administrativo, da vertente positiva do princípio da imparcialidade, vd. DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, II, Coimbra, Almedina, 2003, p. 144-145, J. C. VIEIRA DE ANDRADE, “A Imparcialidade da Administração como Princípio Constitucional”, in *BFDC*, vol. L, 1974, p. 219 ss. e DAVID DUARTE, *Procedimentalização, participação e fundamentação: para uma concretização do princípio da imparcialidade como parâmetro decisório*, Coimbra, Almedina, 1996, *passim*.

considerações relevantes”<sup>1043</sup>. Esta perspectiva visa uma “abertura pluralista” da justificação como forma de prosseguir a não discriminação ou o igual respeito e, do mesmo modo, aponta para a importância que assume o *princípio da justificação* na tutela das minorias. Voltaremos a esta questão na Parte III.

Neste sentido, neutralidade e tolerância não têm de opor-se. A tolerância como respeito na modalidade de igualdade qualitativa (RAINER FORST) aceita precisamente que a igualdade formal tende a favorecer certas formas de vida “ético-culturais” com maior capacidade para se ajustarem à distinção público/privado, revelando-se “intolerante” para com concepções que exigem outra visibilidade pública, diferente da concepção cultural majoritária. Num modelo de respeito como igualdade qualitativa, as pessoas “respeitam-se como iguais em termos políticos com uma certa identidade ético-cultural que precisa de ser respeitada e tolerada como algo que é especialmente importante para a pessoa, e pode fornecer boas razões para certas exceções a, ou mudanças, em estruturas jurídicas e sociais existentes”<sup>1044</sup>.

Concluimos, com a proposta de CARENS e PAREKH: “o Estado não tem de ser culturalmente neutro ou indiferente, mas *equitativo*, dotando todas as vozes da cultura da possibilidade de participar num diálogo comum”<sup>1045</sup>. Ou, com FORST, “[s]e o estado democrático argumenta com base num princípio de justificação recíproca que dá iguais oportunidades para formular reivindicações a todos os envolvidos, membros das maiorias, minorias, e minorias dentro das minorias, pode justificadamente reivindicar o estabelecimento de um sistema de justiça multicultural”<sup>1046</sup>.

Em suma, se não é exigível, ou mesmo desejável, que o Estado seja neutro, é-lhe em todo o caso exigível que seja imparcial, no sentido visto<sup>1047</sup>.

---

<sup>1043</sup> KAI MÖLLER, “Proportionality: Challenging the Critics”, in *ICON*, vol.10, n.º3, 2012, p. 709 ss. Distinguindo “composição do elenco da ponderação - seleção dos interesses relevantes - e ponderação propriamente dita”, DAVID DUARTE, *Para uma Concretização...*, cit., p. 325 ss.

<sup>1044</sup> RAINER FORST, “Toleration”, cit.

<sup>1045</sup> BHIKHU PAREKH, *Repensando...*, cit., p. 330.

<sup>1046</sup> RAINER FORST, “A critical...”, cit., p. 302-303.

<sup>1047</sup> Neste sentido, DANIEL BONILLA MALDONADO, *La Constitución...*, cit., p. 271 ss.

## 2.Os deveres e os limites da atuação pública

### 2.1. Deveres estaduais perante grupos e indivíduos

A questão que vimos discutindo é importante para a determinação dos deveres e dos limites à atuação do Estado perante as culturas ou os grupos etnoculturais, por um lado, e face aos indivíduos (designadamente, face aos membros do grupo perante este), por outro.

No que diz respeito à relação Estado-grupos, é diferente, nas suas consequências, afirmar que o Estado ou os poderes públicos têm um *dever de preservação das culturas*, ou apenas um dever de não assimilação, ou algo entre estes dois polos. Por outro lado, limites ao reconhecimento das culturas podem, igualmente, resultar da necessidade de defender as minorias internas face aos seus grupos e, portanto, colocar a questão da existência de um dever de intervenção do Estado nas relações indivíduo-grupo. Já não se trata, por conseguinte, apenas de estabelecer as condições de coexistência entre culturas ou, de outra perspetiva, entre maioria e minorias (todas elas, nesta aceção, culturas) articulando conceções de igualdade e de neutralidade, mas de avançar para dimensão interna dos grupos para determinar se e em que medida existe uma “esfera de autonomia” que recorta uma dimensão de não intervenção para o Estado. Trata-se de acentuar duas dimensões que coexistem, sem prejuízo das questões enunciadas em último lugar terem assumido destaque nos últimos anos. Mas, em todo o caso, são dimensões de uma mesma questão, que continua a girar em torno do reconhecimento e acomodação da identidade cultural, articulado agora sobretudo na perspetiva de uma “relação poligonal” que, partindo da relação “indivíduo-cultura”, acaba por questionar a posição do Estado em relação a ambos.

Ou seja, dando por assente que é legítimo o reconhecimento de grupos culturais, podemos identificar obrigações estaduais *prima facie* perante o grupo como obrigações (positivas e negativas) de reconhecimento da identidade e autonomia e de igualdade. Na dimensão de *identidade e autonomia*, identificamos (a) uma dimensão negativa, correspondente, no mínimo, ao dever de não destruição e não assimilação da minoria<sup>1048</sup>; o recurso à liberdade de associação permite configurar ainda um “espaço

---

<sup>1048</sup> Assim, WILL KYMLICKA/CHRISTINE STRAEHLE, “Cosmopolitanism...”, cit., p. 74 ss.

de não intervenção” na vida do grupo<sup>1049</sup> e, nesse sentido, um dever de não intervenção do Estado na vida do grupo e um dever de respeito pelo direito dos indivíduos a lutarem pela preservação da sua cultura, e (b) uma dimensão positiva, correspondente, no mínimo, a um dever de reconhecimento da identidade cultural e, em consequência, um dever positivo dirigido à proteção da cultura com vista a evitar o seu desaparecimento e assimilação.

Note-se que há uma diferença relevante entre não destruir, ou mesmo garantir as condições de conservação se e na medida em que o grupo – ou seja, os seus membros – pretendam essa conservação - aquilo que HABERMAS designa por garantir o “rendimento hermenêutico” - e a obrigação de preservar as culturas, seja por via de um dever de cooperação com os indivíduos na proteção das suas culturas, como contextos de escolha e significação, da “corrupção ou decadência estrutural” (DWORKIN)<sup>1050</sup>, seja com base no valor das próprias culturas, seja com base num dever de correção das assimetrias (“proteções externas”), mas é, também, sustentado, a propósito da cultura majoritária, pelos defensores do nacionalismo liberal<sup>1051</sup>. A proteção de uma cultura pode, todavia, configurar uma restrição do seu normal desenvolvimento - o qual pode incluir a sua extinção e incluirá, segundo demonstram as ciências sociais, a sua constante reelaboração - e, naturalmente, uma restrição aos direitos dos membros na condução da vida das suas comunidades<sup>1052</sup>.

Considerando agora a *dimensão de igualdade*, se recusámos a *possibilidade* de uma neutralidade perfeita, restará (o que não é pouco) garantir que as distorções à neutralidade sejam o menos prejudiciais e pesadas possível para os grupos minoritários, escreve SAVIDAN<sup>1053</sup>. A via da igualdade imporá, não apenas a luta contra a discriminação com base em traços identitários (e outras que, não tendo na base motivos culturais, incidam igualmente sobre esses “grupos culturais”), mas também legitimará a adoção de medidas destinadas a compensar a situação de

---

<sup>1049</sup> Uma concretização, como princípio constitucional e a propósito dos grupos indígenas, pode encontrar-se em DANIEL BONILLA MALDONADO, *La Constitución...*, cit., p. 269 ss.

<sup>1050</sup> Will KYMLICKA, *Estados...*, cit., p. 57 ss.

<sup>1051</sup> *Idem*, cit., p. 57 ss.

<sup>1052</sup> O que, mais uma vez, não são questões exclusivas de grupos minoritários: com efeito, nesta categoria de defesa das culturas podemos enquadrar a questão dos limites materiais à revisão constitucional ou as cláusulas de defesa da democracia.

<sup>1053</sup> PATRICK SAVIDAN, *Le multiculturalisme*, cit., p. 102.

desigualdade real e multifatorial que resulta de se pertencer a um grupo minoritário<sup>1054</sup>. A igualdade pode exigir ao Estado que corrija a desigualdade (de recursos e oportunidades para a sobrevivência) entre cultura majoritária e culturas minoritárias, mas deve igualmente questionar-se a igualdade de tratamento *entre* grupos minoritários, seja na dimensão formal de não discriminação, seja na dimensão de correção das desigualdades de facto entre grupos. Nesta dimensão, será igualmente relevante saber se e em que medida são os grupos merecedores de reconhecimento e iguais oportunidades, ou seja, se e em que medida pode o Estado tratar de forma diferente certos grupos sem que isso corresponda a uma desigualdade injustificada de tratamento.

Finalmente, se sustentarmos, como temos feito, que não há apenas culturas minoritárias, nem apenas pretensões culturais relacionadas com a discriminação, mas também relacionadas com a preservação da identidade, é inevitável suscitar a questão de saber se a maioria tem um direito à preservação da sua identidade cultural que, em última análise, poderia justificar a assimilação. Trata-se, como é bom de ver, de pretensões destinadas a colidir, a menos que se concretize um modelo de “sociedades paralelas” perfeito. E, em todo o caso, tal parece negar a evidência da interação entre culturas e das fronteiras porosas entre estas.

Não obstante, são desta natureza as reivindicações identitárias de defesa de uma “cultura nacional”, o que nos recorda a proposta de KYMLICKA de, ante a inevitabilidade dos processos de *nation building* nos modernos Estados, traçar a fronteira entre as identidades nacionais que são de tipo excludente e as que são de tipo inclusivo. Uma discussão que, por exemplo, em França se coloca em torno da identidade constitucional republicana e, na Alemanha, se colocou designadamente no seguimento da proposta de BASSAM TIBI de uma “Leitkultur”<sup>1055</sup> - mas que, mais prosaicamente, subjaz à adoção de uma língua oficial.

---

<sup>1054</sup> O que demonstra a razão das perspetivas que tendem a notar que as questões da identidade cultural são, muitas vezes, questões de desigualdade multifatorial, que não de simples “não reconhecimento” da identidade cultural. Mas, se assim é, a questão fundamental deixa de ser a da tutela da identidade cultural, mas a da correção das diferenças de tratamento ilegítimas.

<sup>1055</sup> BASSAM TIBI, “Leitkultur als Wertekonsens. Bilanz einer missgluckten deutschen Debatte”, *Aus Politik und Zeitgeschichte* (B 1-2/2001), Bundeszentrale für politische Bildung, 26/05/2002 [disponível online em <http://www.bpb.de/apuz/26535/leitkultur-als-wertekonsens?p=all>]. Sobre a evolução do debate na Alemanha, criticamente, *vd.* HARTWIG PAUTZ, “The politics of identity in Germany: the *Leitkultur* debate”, in *R&C*, 45, n.º 4, 2005, p. 39 ss. e também FRANCIS FUKUYAMA, “Identity...”, *cit.*, p. 17.

Finalmente, no contexto das propostas interculturais, e retomando a divisão inclusão/exclusão traçada por KYMLICKA, é ainda de pretensões culturais que se trata quando se sustenta que qualquer sociedade multicultural precisa de uma cultura comum que a suporte e, em consequência, se atribui ao Estado o papel de favorecer a interação cultural, o que, dados os limites que resultam da necessidade de não “pré-fabricar” uma cultura comum, se reconduz a uma obrigação de garantir que a interação se dá em condições de igualdade<sup>1056</sup>. Esta “cultura comum” combinada com diálogo entre culturas é a proposta que avançam os defensores da interculturalidade como remédio para a balcanização e a fragmentação sociais, mas a questão da sua legitimidade é algo de que nos ocuparemos mais tarde. Por enquanto, quisemos apenas deixar claro que se trata, ainda aqui, de pretensões culturais.

Antes de terminarmos a questão dos deveres do Estado *perante os grupos*, cumpre notar que esta questão é, por vezes, colocada pressupondo (a) uma visão estática e reificada dos grupos e (b) uma classificação dos grupos em “liberais” e “iliberais” como se se tratasse de uma inevitabilidade e não de uma *decisão* destes. Em relação à primeira questão, parece-nos hoje inevitável partir do pressuposto de que os grupos não são “comunidades insulares discretas” que por acaso partilham um espaço comum<sup>1057</sup>, antes se relacionam e influenciam reciprocamente. O que nos permite avançar para a segunda questão e sustentar que, sendo assim, os grupos não são intrinsecamente iliberais, antes tal resultará de um posicionamento estratégico que, por conseguinte, deixa em aberto a possibilidade de uma negociação sobre as condições de convivência<sup>1058</sup> (que, no limite, poderá conduzir à secessão<sup>1059</sup>), bem

---

<sup>1056</sup> BHIKHU PAREKH, *Repensando...*, cit., p. 326 ss.

<sup>1057</sup> DANIEL WEINSTOCK, “Liberalism...”, cit., p. 257 ss. A crítica de WEINSTOCK à visão da sociedade política como um “arquipélago” (aludindo à metáfora do “arquipélago liberal” de KUKATHAS) formado por “comunidades insulares discretas” que por acaso partilham um espaço comum, partilhada por vários autores, parte da crítica a duas assunções básicas da perspectiva do arquipélago, a da *independência*, nos termos da qual “as identidades culturais das pessoas se formam independentemente das estruturas sociais e políticas mais amplas de que são parte”, e a da *completude*, nos termos da qual a pertença a um grupo esgota a identidade do membro, com base nas quais se estabelece a relação da pessoa com as outras comunidades e com a esfera pública. Esta perspectiva é inadequada seja enquanto descrição empírica da forma como as comunidades se relacionam entre si, com os seus membros e com a esfera pública, seja em termos normativos.

<sup>1058</sup> Sobre a questão, DANIEL WEINSTOCK, “Liberalism...”, cit., p. 257 ss. e as considerações de AYELET SHACHAR, *Multicultural...*, cit., *passim*, *maxime* sobre o culturalismo reativo.

<sup>1059</sup> Sobre a questão, MICHEL ROSENFELD, *The identity...*, cit., p. 230 ss. e HANS LINDHAL, “Recognition...”, cit., p. 214 ss.

como aconselha a distinguir entre “práticas iliberais” e “grupos iliberais” e a duvidar, como atitude de prudência metodológica, da afirmação sem mais do caráter iliberal global de certas culturas<sup>1060</sup>. Trata-se, por conseguinte, de substituir uma abordagem dirigida à avaliação de uma cultura como um todo por uma abordagem dirigida ao significado e impacto de certas práticas específicas, reformulando o debate no sentido proposto por SARAH SONG, *id est*, das ‘culturas’ às práticas opressivas<sup>1061</sup>.

Independentemente da posição que se assuma em relação aos chamados direitos coletivos, parece-nos fora de questão que a relevância (moral ou jurídica) da cultura se justifica pelo facto de se tratar de um contexto de significação e desenvolvimento pessoal, o que justifica, depois, que a sua proteção se articule em termos individuais e/ou coletivos. Até porque, em última análise e tendo presente a crítica ao essencialismo<sup>1062</sup>, são as pessoas que *sofrem* com a falta de reconhecimento ou com a discriminação, e não as culturas abstratamente consideradas.

Assim sendo, do reconhecimento de um direito à autodeterminação cultural de cada indivíduo resultará um direito ao reconhecimento e respeito das pertenças e opções culturais de cada um, bem como o direito a viver de acordo com essas opções culturais (entendido em sentido mais ou menos amplo, como veremos) e a determinar o grau de dissonância razoável<sup>1063</sup> (entre a dimensão de cidadania cultural e a dimensão de cidadania universal) com que estão dispostos a viver, assim como um direito a escolher como querem ser vistos e como querem ser identificados (experiência da identidade)<sup>1064</sup> e a movimentar-se entre pertenças culturais. Envolve ainda o direito de se associar (*lato sensu*), não se associar ou deixar de se associar (direito de saída), o direito a participar na vida da sua comunidade cultural (o que poderá implicar, se assim o entendermos, o dever estadual de preservação da cultura para que essa pertença e essa participação não quedem sem sentido) e o direito ao

---

<sup>1060</sup> Ou seja, todas as culturas têm aspectos iliberais, da mesma forma que poucas culturas reprimem totalmente a liberdade individuais, como nota WILL KYMLICKA, *Multicultural...*, cit., p. 236. Sobre esta questão, também OCTÁVIO SALAZAR BENÍTEZ, “El derecho a la identidad cultural como elemento esencial de una ciudadanía compleja”, in *Constitución y cultura*, cit., p. 207 ss., p. 233 ss.

<sup>1061</sup> SARAH SONG, *Justice...*, cit., p. 8.

<sup>1062</sup> De que se deu conta *supra*, e do qual dá conta MILENA DOYTCHIEVA, *Le multiculturalisme*, cit., p. 100.

<sup>1063</sup> Sobre esta questão, MICHEL ROSENFELD, *The Identity...*, cit., p. 274.

<sup>1064</sup> SARAH SONG, *Justice...*, cit., p. 31.



autogoverno dos assuntos culturais da comunidade (e, designadamente, à participação democrática), este último entendido com maior ou menos amplitude consoante os autores e podendo, por conseguinte, traduzir-se numa restrição dos “direitos” dos grupos.

Se, numa perspetiva estática, as posições que identificámos como protegidas podem coexistir, o mesmo não sucede em termos dinâmicos. Queremos com isto dizer que, não apenas as pretensões das minorias e das maiorias podem colidir, como também as pretensões dos grupos e dos seus membros. É frequentemente apontado que conceder proteções a grupos culturais pode contribuir para a sua homogeneização interna, ou seja, para o grupo se proteger das influências exteriores reforçando a homogeneidade no seu interior<sup>1065</sup>. E aqui surge, novamente, a questão da autonomia do grupo: será legítimo ao Estado *conceder proteção* (e.g. financiamento) a um determinado grupo se essa proteção lhe permite perpetuar situações de subordinação de alguns dos seus membros e abafar reivindicações identitárias internas (minorias internas), ou adotar práticas discriminatórias<sup>1066</sup>? Tal exige o aprofundamento da questão dos limites de intervenção estadual.

## 2.2. Em busca do inegociável

É frequente afirmar que há um limite para além do qual o reconhecimento da identidade cultural não pode ser admitido ou tolerado ou, de outra perspetiva, a acomodação<sup>1067</sup> não deve ser possível. Como escreve ANNE PHILLIPS, quem sustenta políticas de acomodação multicultural tem, mais tarde ou mais cedo, de lidar com a

---

<sup>1065</sup> Como aponta AYELET SHACHAR, *Multicultural...*, cit., p. 17.

<sup>1066</sup> Para não pensarmos apenas no exemplo da existência de estruturas patriarcais que perpetuam a subordinação da mulher, com o beneplácito do Estado, pensemos por exemplo na questão da legitimidade do reconhecimento público de associações de cariz religioso que excluem da admissão homossexuais, v.g. *Christian Legal Society v. Martínez et al.*, n.º 081371, decisão do *Supreme Court* de 28/06/2010.

<sup>1067</sup> AYELET SHACHAR, *Multicultural...*, cit., p. 17, escreve que o conceito de acomodação abrange um leque de medidas estaduais desenhadas para viabilizar/ facilitar práticas e normas de grupos identitários (entre as quais isenções e poderes próprios de jurisdição sobre membros do grupo), as quais visam geralmente, nas suas várias manifestações, garantir aos grupos identitários a opção de manter a sua própria e específica compreensão cultural e jurídica do mundo, ou o seu *nomos*. PATRICK SAVIDAN, *Le multiculturalisme*, cit., p. 122, define a acomodação como o “arranjo que é possível introduzir no funcionamento de uma instituição e da sociedade em geral, a fim de responder favoravelmente a uma reivindicação de tomada em consideração das especificidades ligadas a um traço identitário”.

questão dos *limites* ou então enfrentar a acusação de abdicar de responsabilidade moral<sup>1068</sup>.

O problema das chamadas ‘minorias internas’ é um teste decisivo para averiguar a compatibilidade entre o compromisso com as liberdades individuais e a defesa da autonomia cultural<sup>1069</sup>. De facto, não obstante a diversidade de teorias liberais favoráveis a formas de acomodação multicultural, une-as a convergência na necessidade de reconhecer alguma autonomia, face às instituições políticas e jurídicas e, em especial, ao Estado, aos grupos culturais na organização dos seus ‘assuntos internos’. Mas o que dizer em relação a práticas que põem em causa os direitos individuais de membros do grupo (tipicamente, dos mais vulneráveis), se essa garantia da autonomia do grupo demarca um ‘domínio reservado’ do grupo e os impede de beneficiar de proteções concedidas aos cidadãos em geral?

Podemos identificar, em abstrato, uma posição que considera que, por respeito ao papel da cultura na identidade pessoal, o respeito pelas pessoas determina o respeito pelas culturas em que vivem e pelas práticas nas quais se envolvem (ou, pelo menos, um grau mínimo de respeito<sup>1070</sup>), ao que acrescem considerações pragmáticas relacionadas com as dificuldades na determinação do significado das práticas culturais e prudenciais associadas ao risco de a proibição jurídica de uma prática poder conduzir ao seu reforço social<sup>1071</sup>. Estes argumentos poderão ser contrabalançados por outros que justificam, e impõem, a intervenção do Estado em relação a certas práticas culturais, dada a necessidade de defender a posição dos membros vulneráveis ou de salvaguardar certos valores considerado inegociáveis, como a autonomia (nas suas diversas aceções), a liberdade, a igualdade, a integridade física<sup>1072</sup>, os direitos básicos das crianças<sup>1073</sup>, ou, de forma mais abrangente, a

---

<sup>1068</sup> ANNE PHILLIPS, *Multiculturalism...*, cit., p. 32.

<sup>1069</sup> Para uma síntese da discussão no contexto da tradição liberal, DANIEL WEINSTOCK, “Liberalism...”, cit.

<sup>1070</sup> BHIKHU PAREKH, *Repensando...*, cit., p. 492.

<sup>1071</sup> MENACHEM MAUTNER, “From ‘Honor’...”, cit., p. 624-625.

<sup>1072</sup> Assim, ALISON DUNDES RENTELN, propõe como limite ao direito de cada pessoa seguir as suas tradições e à admissibilidade da defesa cultural o *dano físico irreparável a terceiros*. Os indivíduos devem ter o direito de seguir as suas tradições culturais sem interferência, a menos que essas tradições comportem um grave risco para os membros do grupo étnico em causa ou da sociedade em geral. Na ausência de conflito entre o direito à cultura e outros direitos, que pode implicar um recuo na proteção do primeiro, deve seguir-se o *princípio da acomodação máxima*. A versão do “princípio do não dano” (*no harm principle*) deve ser

dignidade da pessoa humana<sup>1074</sup>, o ‘primado da pessoa’ e dos seus direitos<sup>1075</sup>, os direitos humanos ou valores morais universais, valores fundamentais partilhados de uma determinada comunidade que traduzem a sua identidade historicamente adquirida<sup>1076</sup>, ou os princípios do Estado de Direito democrático<sup>1077</sup>. A questão desloca-se, por conseguinte, da ‘admissibilidade da intervenção’ para a determinação dos ‘critérios’ que orientam essa intervenção<sup>1078</sup>.

Pode, com efeito, verificar-se que as políticas estaduais de acomodação, destinadas a mitigar o diferencial de poder entre grupos, acabam por reforçar as hierarquias de poder dentro deles e a situação de desproteção dos membros vulneráveis, cabendo-lhes suportar uma parte desproporcionada dos custos do multiculturalismo – é o que AYELET SHACHAR designa por “paradoxo da

---

suficientemente ampla para abranger muitas das tradições que as democracias liberais deviam legitimamente desencorajar, ainda que a autora reconheça as suas limitações, *vd.* ALISON DUNDES RENTELN, *The cultural defense*, Oxford, Oxford University Press, 2004, p. 10 ss., p. 202 ss., p. 214 ss.

<sup>1073</sup> Assim, ANNE PHILLIPS, *Multiculturalism...*, cit., p. 165 e segs., considera que o direito a viver a sua vida de acordo com as próprias normas tem por limite o mal grave e irreversível de menores, a violência mental e física e o tratamento de mulheres e homens como iguais, acrescendo a estes os limites resultantes do processo democrático. Considerando igualmente a situação específica dos menores, RENTELN, Alison Dundes, *The cultural...*, cit., p. 48 ss.

<sup>1074</sup> Algumas conceções ligam claramente a resposta dada à questão dos limites à resposta dada à questão do fundamento: assim, se a dignidade da pessoa humana, entendida como “bem transcultural” ou universalizável, funda o reconhecimento da diversidade cultural, também o limita, argumenta-se, sendo um seu ‘limite externo’. Assim, ANTONIO-LUIS MARTÍNEZ-PUJALTE, “Derechos humanos e identidad cultural. Una posible conciliación entre interculturalidad y universalidad”, in *PyD*, n.º 38, 1998, p. 119 ss., *maxime* p. 131, considerando que a dignidade da pessoa humana é o limite externo que define que para além desta “fronteira” as diversidades culturais não podem ser protegidas, mas que ainda assim deixa em aberto um amplo espaço em que é possível a diferença e em que a diversidade cultural pode ser tutelada e promovida.

<sup>1075</sup> ENCARNACIÓN FERNANDEZ, “¿Cómo conjugar universalidad y diversidad? ”, in *PyD*, n.º 49, 2003, p. 393 ss.

<sup>1076</sup> BHIKHU PAREKH, *Repensando...*, cit., p. 391 ss., discute quatro critérios normalmente apontados como limites à diversidade cultural: padrões universalmente válidos, valores fundamentais partilhados, dano a terceiros e consenso dialógico, e conclui pela insuficiência de qualquer um deles se individualmente considerado. Como veremos, a sua proposta é a de combinar valores públicos operativos com diálogo intercultural no quadro de um pluralismo compreensivo.

<sup>1077</sup> Na conhecida formulação de GARZÓN VALDÉS, exclui-se da relevância da diversidade cultural toda e qualquer forma de dominação que atente contra os direitos que integram o “coto vedado” subtraído à decisão maioritária, *vd.* ERNESTO GARZÓN VALDÉS, “Cinco confusiones acerca de la relevancia moral de la diversidad cultural”, in *CdRP*, n.º 74, 1997, p. 10 ss. Criticamente, RICHARD BELLAMY, “Toleration...”, cit.

<sup>1078</sup> MENACHEM MAUTNER, “From ‘Honor’ ...”, cit., p. 625.

vulnerabilidade multicultural”<sup>1079</sup>. Considerando a não neutralidade das políticas estaduais, “o problema fundamental deixa de ser saber *se* o Estado deve interferir nos “assuntos privados” dos grupos *nomoi*”, o que fará inevitavelmente (porque a atuação do Estado, mesmo que seja não intervindo, terá sempre um efeito), mas antes *como* intervir em defesa dos interesses dos indivíduos em risco garantindo ao mesmo tempo ao grupo a máxima autonomia de jurisdição<sup>1080</sup>.

O multiculturalismo, como nota SHACHAR, envolve um “equilíbrio tripartido delicado” (grupo/Estado/indivíduo) que tem de ser “continuamente renegociado entre o grupo, o Estado e o indivíduo que pertence a ambos”<sup>1081</sup>. De que forma pode o Estado multicultural reconhecer competência aos grupos identitários em certos domínios jurídicos e simultaneamente assegurar o respeito pelos direitos dos membros dos grupos enquanto cidadãos?

Uma das respostas mais conseguidas a este dilema foi a apresentada por WILL KYMLICKA, por recurso à distinção entre *proteções externas* (ou medidas que promovem a justiça entre grupos e os protegem do domínio da cultura maioritária) e *restrições internas* (restrições à possibilidade de os indivíduos dentro do grupo reverem ou abandonarem práticas culturais tradicionais). Para KYMLICKA, um regime constitucional liberal não se opõe a medidas de proteção externa destinadas a proteger o grupo dos efeitos das decisões de instâncias exteriores e da assimilação, e a promover a *justiça entre grupos*, mas terá de opor-se a que um indivíduo aceite contra a sua vontade as normas do seu grupo de pertença, ou seja, a que a defesa da unidade e dos valores da minorias sirva para restringir as liberdades dos seus membros. O limite da teoria liberal seria assim a salvaguarda da autonomia do indivíduo face ao grupo, uma vez que se trata de “acomodar os direitos das minorias aos princípios e

---

<sup>1079</sup> AYELET SHACHAR, *Multicultural...*, cit., p. 2-3, traduzindo o “facto irónico de os membros do grupo poderem ser prejudicados pelas próprias reformas destinadas a promover o seu estatuto como membros do grupo no estado multicultural e acomodador”.

<sup>1080</sup> *Idem*, cit., p. 144. Não só se rejeita o argumento da não intervenção como se aceita explicitamente “o desafio de redistribuir os custos internos de preservar a identidade coletiva do grupo”.

<sup>1081</sup> *Idem*, cit., p. 27.

direitos liberais, e não o oposto”<sup>1082</sup>. Existe, por conseguinte, um *dever de intervenção para a anulação das práticas não liberais das minorias*<sup>1083</sup>.

A proposta de KYMLICKA não está, no entanto, isenta de críticas. Por um lado, aponta-se-lhe a “predeterminação do conceito básico liberal de autonomia”, que é um conceito cultural da cultura ocidental<sup>1084</sup>, que traz a interrogação sobre como estabelecer um diálogo entre culturas se uma delas não dispõe do conceito de, ou não valoriza a, autonomia<sup>1085</sup>. Por outro, a distinção não exclui a possibilidade de um reforço efetivo das práticas injustas no interior do grupo através das proteções externas, tanto mais que nem sempre é fácil distinguir os aspectos externos da acomodação multicultural do impacto interno da política adotada<sup>1086</sup> e verifica-se que várias medidas adotadas pelo grupo para se proteger são proteções externas que se traduzem simultaneamente em restrições internas<sup>1087</sup> (ou assim são encaradas pelas democracias liberais europeias<sup>1088</sup>).

Outras respostas possíveis ao “paradoxo da vulnerabilidade multicultural” foram avançadas no contexto da “segunda vaga” de estudos multiculturalistas a que nos referimos *supra*<sup>1089</sup>. Uma alternativa “minimalista”, compatível com o projeto liberal, seria a de preservar a autonomia interna do grupo sempre que quedasse garantido o direito de saída para os dissidentes e minorias internas<sup>1090</sup>. Esta perspetiva, na qual pontifica CHANDRAN KUKATHAS, parte da prioridade da liberdade

---

<sup>1082</sup> JUAN JESÚS MORA, “Will Kymlicka: una apuesta por un liberalismo abierto”, in WILL KYMLICKA, *Estados...*, cit., p. 13 ss., p. 24, e WILL KYMLICKA, *Multicultural Citizenship...*, cit., p. 94 ss. e 152 ss.

<sup>1083</sup> Considerando que o critério das restrições internas convoca uma *conceção intercultural dos direitos*, uma vez que, para determinar quando se produz uma restrição que aconselhe a recusa de uma prática por iliberal, há que ter em conta “os preconceitos etnoculturais” e “a necessidade de estabelecer *critérios contextualizados de ponderação*” para fundar a recusa das mesmas, “longe portanto dos princípios e regras gerais a que tão dados são os espíritos liberais”, escreve JUAN JESÚS MORA, “Will Kymlicka...”, cit., p. 25.

<sup>1084</sup> JUAN JESÚS MORA, “Will Kymlicka...”, cit., p. 26.

<sup>1085</sup> Sobre esta questão, RAINER FORST, “A critical...”, cit., p. 300-301.

<sup>1086</sup> AYELET SHACHAR, *Multicultural...*, cit., p. 23 ss.

<sup>1087</sup> DANIEL WEINSTOCK, “Liberalism...”, cit., p. 247.

<sup>1088</sup> JOÃO CARDOSO ROSAS, *Conceções...*, cit., p. 112.

<sup>1089</sup> Seja a via do regresso a uma *cidadania reuniversalizada* (AMY GUTMANN, BRIAN BARRY, IAN SHAPIRO, STEPHEN MACEDO, SUSAN MOLLER OKIN) seja a chamada abordagem dos *custos inevitáveis* (CHANDRAN KUKATHAS), para as quais nos remete AYELET SHACHAR, *Multicultural...*, cit., p. 64 ss,

<sup>1090</sup> DANIEL WEINSTOCK, “Liberalism...”, cit., p. 247 ss.

de associação (nas vertentes positiva e negativa, ou seja, contemplando a liberdade de não se associar) reconhecida aos cidadãos para lhes garantir o direito a preservar culturas distintas da sociedade em geral ('iliberais'), que não se pautem por normas individualistas e pelo entendimento liberal de autonomia (caso contrário, estas não poderiam desenvolver-se ou sequer formar-se), e a viver segundo as regras das suas 'associações' culturais (*lato sensu*), pelo que os grupos podem impor restrições internas aos seus membros desde que esteja garantido um direito formal a sair ("*formal right of exit*")<sup>1091</sup>, dado que não se admite em caso algum o aprisionamento de um indivíduo na sua cultura<sup>1092</sup>. Uma consequência, bastante contestada, de um entendimento como o presente é a de interpretar como consentimento a atitude de 'permanência' ou 'adesão continuada' de um indivíduo que, sujeito a um tratamento 'iliberal', decide manter-se na situação de membro mesmo tendo o direito de saída<sup>1093</sup>. Esta abordagem, por vezes designada como abordagem dos "custos inevitáveis", sugere que a tolerância cultural requer da parte do Estado uma política multicultural estritamente não-intervencionista, não sendo possível apelar ao Estado ou a uma autoridade externa para defesa dos direitos violados ou para exigir mudanças nas práticas internas, sob pena de uma tal intervenção revelar 'intolerância' e 'dogmatismo moral'<sup>1094</sup>. A questão de determinar em que medida pode afirmar-se que um membro de um grupo possui um direito de saída e em que medida o seu não exercício pode ter-se por 'consentimento' (válido, não viciado) é respondida de forma diferente por diversos autores, em sentido menos denso como ausência de

---

<sup>1091</sup> CHANDRAN KUKATHAS, "Are there any...", cit., p. 124 ss., exemplificando, designadamente, com a obrigação de escolaridade.

<sup>1092</sup> Assim, escreve CHANDRAN KUKATHAS, "Are there any...", cit., p. 128, "apesar de as comunidades culturais procurarem proteger-se contra as intromissões da sociedade em geral, não podem tomar quaisquer medidas que desejem para reforçar a lealdade do grupo. Assim, reconhecendo o direito de saída, também teriam de respeitar as normas liberais que proíbem a escravidão e a coação física. Em termos mais gerais, estariam limitadas pelas proibições liberais de 'tratamento cruel, inumano ou degradante'".

<sup>1093</sup> DANIEL WEINSTOCK, "Liberalism...", cit., p. 247. Criticando o 'consentimento' pressuposto e a presunção de renúncia aos direitos de cidadania a partir da permanência no grupo, que equivale a um entendimento 'tudo ou nada' da relação entre 'membro de uma cultura' e 'cidadão', cf. AYELET SHACHAR, *Multicultural...*, cit., p. 68 ss. No mesmo sentido, e propondo uma abordagem casuística, ANNE PHILLIPS, *Multiculturalism...*, cit., p. 176 ss.

<sup>1094</sup> AYELET SHACHAR, *Multicultural...*, cit., p. 68 e DANIEL WEINSTOCK, "Liberalism...", cit., p. 248.

impedimentos físicos<sup>1095</sup>, em sentido mais denso como exigência de um direito de saída substancial a que correspondam condições de exercício livre e efetivo de uma escolha (WILLIAM GALSTON<sup>1096</sup> e JEFF SPINNER-HALEV<sup>1097</sup>) ou como proposta de meio-termo destinada a compatibilizar um direito real de saída com uma garantia efetiva de autonomia<sup>1098</sup>.

SHACHAR<sup>1099</sup> observa que esta proposta dos “custos inevitáveis” não garante que exista efetivamente um ‘direito a sair’, que pode não ser uma hipótese *real*, não podendo o Estado intervir para garantir que esse direito é exercitável. Os “custos associados” da acomodação recaem sobre membros do grupo que dificilmente podem usar a opção do direito de saída<sup>1100</sup>. Acresce que a abordagem “*laissez faire*” mantém

---

<sup>1095</sup> Entre os entendimentos menos densos inclui-se normalmente o de KUKATHAS, se bem que este não se baste com um direito formal de saída, exigindo que se trate de uma liberdade substancial, o que implica a existência de uma sociedade mais ampla que acolha o indivíduo que deseje abandonar a sua comunidade local, sociedade essa que tem de respeitar a liberdade de associação, o que sugere, por conseguinte, a necessidade de se tratar de uma sociedade que incorpore uma cultura política liberal, cf. CHANDRAN KUKATHAS, “Are there any...”, cit., p. 133-134.

<sup>1096</sup> Para GALSTON (*apud* DANIEL WEINSTOCK, “Liberalism...”, cit., p. 250-251), a existência de um direito de saída *significativo* implica o cumprimento de quatro condições: “o indivíduo deve estar consciente das opções em aberto fora da associação à qual pertence; deve ser capaz de avaliá-las e considerá-las como opções reais para si; deve estar livre de coerção; (...) deve ter aptidões e capacidades que lhe permitam tomar parte nas práticas de outras associações”. Tal implica para o Estado o dever de se organizar, por exemplo através do sistema educativo, de forma a contrabalançar a perspetiva do grupo e a providenciar as condições psicológicas de escolha (*idem*).

<sup>1097</sup> SPINNER-HALEV sustenta que “desde que os membros do grupo recebam educação básica, não estejam sujeitos a coerção física e tenham acesso a uma sociedade diversificada, então possuem direitos de saída os quais, embora talvez não ótimos, são suficientes do ponto de vista da preocupação liberal com o carácter voluntário e o consentimento”, *apud* DANIEL WEINSTOCK, “Liberalism ...”, cit., p. 252.

<sup>1098</sup> “A compatibilidade entre autonomia de grupo e compromisso liberal com os direitos individuais torna-se dependente de forma crucial do grau de consentimento real dos membros do grupo nas restrições que lhes são impostas”, encontrando um “meio-termo” entre a posição minimalista que interpreta o não abandono do grupo como consentimento e a posição perfeccionista que coloca condições tão exigentes à saída que na prática anulam a autonomia do grupo ou rejeitam a possibilidade de a autonomia se exercer como “consentimento à subjugação”, escreve DANIEL WEINSTOCK, “Liberalism ...”, cit., p. 256.

<sup>1099</sup> AYELET SHACHAR, *Multicultural...*, cit., p. 69-70.

<sup>1100</sup> “Custos inevitáveis” na medida em que, sustentam os seus defensores, há custos que o Estado não pode compensar, pois estão associados à pertença a um grupo. Assim, mesmo que o Estado atue no sentido de aliviar certos custos associados à saída, não conseguirá compensar os custos pessoais que, para aquela pessoa, resultam de deixar de pertencer ao grupo e de estar com os comembros, esclarece DANIEL WEINSTOCK, “Liberalism...”, cit., p. 248.

e absolutiza a distinção conceptual rígida entre o interior (domínio controlado pelo grupo) e o exterior (domínio controlado pelo Estado), negando a interação entre ambos.

O estabelecimento de um paralelismo entre as condições exigidas homoteticamente ao Estado e ao grupo permite, por conseguinte, sustentar que os limites que impomos aos Estados não têm de aplicar-se aos grupos, uma vez que estes são associações voluntárias que não detêm autoridade última sobre os seus membros, mas o reconhecimento de poderes aos grupos, não acompanhados de garantias de defesa e de separação de poderes que existem nos estados constitucionais liberais, pode conduzir ao gozo, por certas elites, de um efetivo poder último sobre uma série de assuntos relativos à vida da comunidade (“paradoxo da autonomia do grupo”)<sup>1101</sup>. DANIEL WEINSTOCK sustenta que é errado, em termos normativos, considerar que as intervenções da “esfera pública” nas associações ou grupos são “intrusões intolerantes nas vidas de comunidades insulares que apenas querem ser deixadas em paz”, antes se tratando de uma decorrência natural da ‘reciprocidade’, em virtude de as comunidades não existirem no vazio, ou em autarcia, mas inseridas no Estado e numa sociedade mais ampla, em relação aos quais têm obrigações<sup>1102</sup>. Sendo a opção pela ‘insularidade’ uma decisão do grupo, então, de acordo com os cânones liberais, a decisão de um grupo pela insularidade preclui a possibilidade de exigirem ‘autonomia’ como questão de justiça<sup>1103</sup>.

Tendo presentes as cautelas que merece a delimitação da tolerância por recurso à reciprocidade<sup>1104</sup>, esta aquela pode, enquanto princípio de justificação recíproca, ser aplicada com proveito à justiça multicultural. Aludimos à proposta de RAINER FORST de tolerância como respeito, promissora em sociedades multiculturais<sup>1105</sup>. Desta perspetiva, o argumento decisivo para condenar as

---

<sup>1101</sup> DANIEL WEINSTOCK, “Liberalism...”, cit., p. 254-255.

<sup>1102</sup> *Idem*, cit., p. 261.

<sup>1103</sup> *Idem*, cit., p. 264.

<sup>1104</sup> Sobre os ‘perigos’ do recurso à reciprocidade para delimitação do âmbito da tolerância, de acordo com a fórmula de que “a tolerância acaba onde começa a intolerância” e de que, por conseguinte, a tolerância apenas pode ser invocada pelos tolerantes, RAINER FORST, “The limits of Toleration”, in *Constellations*, vol. 11, n.º 3, 2004, p. 312 ss., p. 313.

<sup>1105</sup> RAINER FORST, “Toleration”, cit. No mesmo sentido, MICHAEL WALZER, “The politics...”, cit., p. 173, notando que a conceção de respeito *mútuo* pretende ultrapassar a relação de desigualdade de poder normalmente associada à tolerância e a posição de



denominadas restrições internas não é o de que assim se limita a autonomia pessoal e se impossibilita a pessoa de levar uma vida boa, mas o de que tais restrições negam o direito básico de cada um à justificação e violam a sua dignidade como pessoa (e cidadão) moral igual dotada de razão<sup>1106</sup>. Parte-se, por conseguinte, da autonomia, mas de uma noção de autonomia que não se baseia numa concepção particular de bem, mas numa noção moral de pessoa como detentora de um *direito à justificação*, “baseado no princípio recursivo de que qualquer uso da força, ou (mais genericamente) qualquer interferência moralmente relevante nas ações do outro carece de ser justificada por razões recíproca e geralmente não rejeitáveis para ser tida como legítima”<sup>1107</sup>, princípio que é a base de uma democracia reflexiva<sup>1108</sup>. Para FORST, opondo-se a KYMLICKA, “há uma diferença essencial entre um estado democrático pedir a um grupo cultural que respeite a “autonomia pessoal” com base numa noção do “bem” que pode não partilhar nem precisar de partilhar, ou pedir-lhe que respeite uma forma de autonomia à qual ele mesmo precisa de recorrer quando exige uma justificação para uma norma jurídica ou política e rejeita a “colonização” ética”<sup>1109</sup>. Assim, um estado democrático “pode justificadamente reivindicar o estabelecimento de um sistema de justiça multicultural” se argumenta com base num “princípio de justificação recíproca que dá iguais oportunidades para formular reivindicações a todos os envolvidos”<sup>1110</sup>. É a aceitação do princípio da justificação

---

inferioridade dos grupos ou indivíduos “tolerados” - mas não é necessariamente, como o demonstra a análise histórica das formas de institucionalização da tolerância, a mais estável.

<sup>1106</sup> RAINER FORST, “A critical...”, cit., p. 302.

<sup>1107</sup> *Idem*, cit., p. 301, e “The limits...”, cit., p. 317 ss.

<sup>1108</sup> RAINER FORST, “The limits...”, cit., p. 317 ss.

<sup>1109</sup> RAINER FORST, “A critical...”, cit., p. 302-303. A perspetiva de FORST distingue-se, assim, da de KYMLICKA, que justifica os direitos culturais com base na importância dos “contextos de escolha” e, por conseguinte, com base na centralidade da *autonomia pessoal* e das liberdades individuais. Ora tal noção de autonomia, sustenta FORST, ob. cit., p. 301, “não pode fornecer a base para uma teoria da justiça multicultural, pois parece ser matéria de desacordo razoável determinar se uma vida vivida de acordo com valores tradicionais adotados de forma convencional ou aceites por causa de um “chamamento” seria pior – *id est*, de menor valor objetivo ou subjetivo – que uma que é “autonomamente” escolhida”, e que basear uma concepção de justiça multicultural numa “contestável noção liberal de bem” não apenas aproxima o politicamente livre, o pessoalmente autónomo e o eticamente bom, como conduziria a não tolerar quem não exibisse o tipo certo de autonomia e mesmo a legitimar o dever perfeccionista do estado liberal de tornar as pessoas autónomas (ou então tolerar os grupos “não autónomos” com base na teoria permissiva) ”.

<sup>1110</sup> RAINER FORST, “A critical...”, cit., p. 302-303. FORST não nega que esta possa parecer, aos olhos de alguns grupos, mais uma forma de destruição do seu modo de vida, mas o que

que marca os limites do tolerável: “aqueles que o negam, negam normas básicas de imparcialidade e justificação pública” que estão no coração do que uma sociedade multicultural precisa para fazer justiça às pretensões das minorias<sup>1111</sup>.

Finalmente, a resposta à questão das minorias internas pode vir dada a partir de uma abordagem que apelidamos de dinâmica, destinada a aproveitar as interações culturais criando estímulos ao afastamento de práticas iliberais – temos, portanto, em mente o contributo de SHACHAR e o conceito de ‘acomodação transformadora’. Às múltiplas pertenças de cada pessoa correspondem ‘múltiplas jurisdições’ que repartem entre si competências por recurso a diferentes critérios. Entre estes destaca-se o modelo de governo ou administração conjunta (*joint governance*), que permite o contributo de diferentes fontes de autoridade, e segundo o qual, pertencendo as pessoas a mais do que um grupo, cada entidade controla certos aspectos da sua situação. De acordo com a orientação tradicional, as necessidades de acomodação<sup>1112</sup> resultam, ou de um conflito entre grupos e estados, ou de um conflito entre o indivíduo como cidadão e o indivíduo como membro do grupo. Em relação a este conceito, de alguma forma ainda característico de uma visão estática da diversidade cultural, o conceito de acomodação transformadora de SHACHAR, associado a um modelo de governo conjunto<sup>1113</sup>, pode ver-se como um passo adiante no sentido da interação entre comunidades culturais e da justiça intercultural e de institucionalização de uma solução de harmonização entre sujeitos cujos interesses são potencialmente conflitantes. O modelo de governo conjunto parte da constatação de que o paradoxo da vulnerabilidade multicultural resulta da combinação entre interesses intercetantes e conflitantes, os do Estado, os do grupo e os do

---

releva, escreve, é se a crítica é “mutuamente justificável ou se baseia numa negação do princípio da justificação”.

<sup>1111</sup> RAINER FORST, “A critical...”, cit., p. 303 e “The limits...”, cit., p. 312-325.

<sup>1112</sup> Por acomodação entende PATRICK SAVIDAN, *Le multiculturalisme*, cit., p. 121, o “arranjo que é possível introduzir no funcionamento de uma instituição e da sociedade em geral, a fim de responder favoravelmente a uma reivindicação de tomada em consideração das especificidades ligadas a um traço identitário”. Tem sido por recurso à “acomodação razoável” que muitas das pretensões de identidade cultural têm sido acolhidas em termos jurídicos, seja legislativos, seja jurisprudenciais. O conceito tem larga tradição na jurisprudência do Canadá, veja-se a propósito o *Relatório Bouchard-Taylor* (2008) e, sobre este, LUC B. TREMBLAY, “The Bouchard-Taylor Report on cultural and religious accommodation: multiculturalism by any other name?”, in *RCS*, vol. 15, n.º 1, 2010, p. 35 ss. Para uma aplicação recente, Supremo Tribunal do Canadá, *Multani v. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys*, §52 e 53.

<sup>1113</sup> AYELET SHACHAR, *Multicultural...*, cit., p. 117 ss.

indivíduo que pertence a ambos, partindo do conjunto de interesses que os indivíduos podem legitimamente invocar para manter a sua capacidade de ação (“agency”) em ambas as comunidades em que se inserem. Em alternativa às teorias que assentam na dicotomia ‘direitos vs. cultura’ e num conceito imutável de cultura, a proposta de SHACHAR abre caminho para que “a nossa capacidade de ação como membros de uma cultura e a nossa capacidade de ação como cidadãos de um Estado se reforcem mutuamente, e que a acomodação cultural possa realmente criar as condições para que tal reforço mútuo ocorra”, permitindo aos membros da cultura minoritária, quer redefinir os seus direitos como cidadãos, para que estes os não marginalizem em função da sua pertença cultural, quer usar (ou não) os seus direitos como cidadãos para reforçar a sua participação na reprodução interna, ou transformação, da sua cultura<sup>1114</sup>.

A acomodação transformadora<sup>1115</sup> surge entre as modalidades de distribuição de poderes entre Estado e grupo<sup>1116</sup>, necessárias a partir do momento em que é negada a jurisdição exclusiva de uma entidade sobre o indivíduo quanto aos diversos aspectos da sua vida, assentando em quatro pressupostos fundamentais, que se elencam: as afiliações múltiplas criadoras de identidade interseitam-se; o Estado e os grupos têm interesses concorrentes, normativa e juridicamente justificados, em regular aspectos do comportamento; quer o grupo quer o Estado são entidades sociais viáveis e mutáveis que se afetam recíproca e constantemente através das suas constantes interações; é do interesse do grupo e do Estado disputar o apoio dos seus membros<sup>1117</sup>. Sobre estes pressupostos repousam três princípios nucleares: repartição de autoridade em função de “subtemas”, regra de “não monopólio” (ou princípio de separação e interdependência de poderes) e estabelecimento de opções de escolha (de entrada, saída e reentrada) claramente delineadas<sup>1118</sup>. Trata-se de uma abordagem contextual que, em vez de fornecer um enquadramento compreensivo capaz de antecipar e resolver todos os problemas jurídicos que possam colocar-se, procura

---

<sup>1114</sup> *Idem*, cit., p. 90.

<sup>1115</sup> *Idem*, cit., p. 117 ss.

<sup>1116</sup> Que SHACHAR agrupa em torno das categorias da acomodação de estilo federal, acomodação temporal, acomodação consensual, acomodação contingente e acomodação transformadora. Sobre a distinção entre estas, AYELET SHACHAR, *Multicultural...*, cit., p. 92 ss. Comparando as primeiras com a última, ob. cit., p. 126 e ss.

<sup>1117</sup> AYELET SHACHAR, *Multicultural...*, cit., p. 118.

<sup>1118</sup> *Idem*, cit., p. 119 e ss.

“negociar e pôr em prática um sistema dinâmico de jurisdições multiculturais complementares, que deixa espaço para a experimentação social e o desenvolvimento histórico”, sendo necessariamente reflexiva e flexível e aberta à inovação perante situações específicas<sup>1119</sup>.

A rejeição do controlo exclusivo quer do Estado, quer do grupo, sobre uma determinada arena social contestada que afeta o indivíduo simultaneamente como membro do grupo e membro do Estado (cidadão), corresponde a uma concretização do princípio da limitação do poder pela separação de poderes, articulando a dimensão de separação com a de interdependência e balanceamento de poderes. Trata-se, por conseguinte, daquilo que poderíamos designar por uma concretização “social” do princípio da separação de poderes<sup>1120</sup>. Para a autora, “a distribuição de autoridade nesta nova separação de poderes visa garantir que nenhuma entidade coletiva possa adquirir poderes ilimitados numa arena social governada conjuntamente”, criando, se bem desenhada e implementada, “incentivos, simultaneamente ao estado e ao grupo, para melhor servir os seus membros”<sup>1121</sup>. Por outro lado, ao transferir poder para os membros do grupo, conferindo-lhes mecanismos efetivos de escolha que os resgatem de uma situação de aprisionamento (na cultura de grupo ou no sistema estadual), criam-se as condições para a criação de um espaço novo e dinâmico de pertença e participação significativa<sup>1122</sup> e para que as mudanças possam ocorrer a partir de dentro<sup>1123</sup>. Os ‘pontos de reversão’<sup>1124</sup> terão de ser estabelecidos através de uma negociação entre o Estado e os grupos como pré-condição para o estabelecimento de

---

<sup>1119</sup> *Idem*, cit., p. 127.

<sup>1120</sup> Sobre as dimensões da separação de poderes, NUNO PIÇARRA, “Separação de poderes”, in *POLIS. Enciclopédia VERBO da Sociedade e do Estado*, vol. 5, Lisboa/ São Paulo, Verbo, 1987, p. 682-714, e *A separação de poderes na Constituição de 1976. Alguns aspectos*, in JORGE MIRANDA (coord.), *Nos dez anos da Constituição, Nos dez anos da Constituição*, Lousã, INCM, 1987.

<sup>1121</sup> AYELET SHACHAR, *Multicultural...*, cit., p. 122.

<sup>1122</sup> *Idem*, cit., p. 123.

<sup>1123</sup> *Idem*, cit., p. 122.

<sup>1124</sup> Tradução que utilizaremos para os “*reversal points*” que correspondem à possibilidade de permitir aos membros reverter a jurisdição de uma autoridade numa determinada submatéria, se essa autoridade não tiver oferecido medidas de tutela significativas. A existência destes “pontos de reversão” alivia a situação do indivíduo no curto prazo, ao passo que, no longo prazo, pode conduzir a mudanças internas significativas, uma vez que aumenta os riscos e custos, para a sobrevivência do grupo, de manter uma determinada situação de subordinação, gerando por conseguinte a necessidade de responder a estas perspetivas alternativas no interior do grupo.

um regime de governação conjunta<sup>1125</sup>. No que diz respeito ao paradoxo da vulnerabilidade multicultural, este modelo substituiu a intervenção forçada no grupo, ou a imunidade total das suas práticas, pela criação de “condições institucionais nas quais o grupo reconheça que a sua sobrevivência depende de abandonar certas práticas discriminatórias, no interesse de manutenção da autonomia em submatérias cruciais para a identidade do grupo”<sup>1126</sup>, como são por exemplo as relações familiares<sup>1127</sup>. Ora, tornando a subordinação onerosa para o grupo, criam-se incentivos à transformação dos traços mais opressivos da sua tradição, confiando à comunidade a capacidade de dearticular a sua identidade de forma significativa<sup>1128</sup>. O modelo proposto assenta, por conseguinte, numa garantia de tutela efetiva combinada com um princípio de exaustão de recursos internos<sup>1129</sup>.

O modelo de administração conjunta de AYELET SHACHAR é, como nota SEYLA BENHABIB, uma proposta inspirada de lidar institucionalmente com a diversidade cultural e com o paradoxo da vulnerabilidade multicultural, sendo ainda especialmente significativo no contexto de uma perspetiva de diálogo intercultural como a sustentada por BENHABIB, pois “promove ativamente o diálogo intercultural entre distintas tradições jurídicas de interpretação, avaliação e juízo”, ao contrário de

---

<sup>1125</sup> AYELET SHACHAR, *Multicultural...*, cit., p. 124, assim aliviando os membros vulneráveis da carga de negociar individualmente cada uma dessas opções, e tornando-as simultaneamente do conhecimento de todos os envolvidos.

<sup>1126</sup> *Idem*, cit., p. 125.

<sup>1127</sup> Um dos domínios de aplicação deste modelo é o das relações familiares, repartidas entre esfera de demarcação (*status*) e esfera de distribuição (propriedade), *vd.* AYELET SHACHAR, *Multicultural...*, cit., p. 131 ss.

<sup>1128</sup> AYELET SHACHAR, *Multicultural...* cit., p. 126.

<sup>1129</sup> A acomodação transformadora pode atuar através da consagração de soluções de “*opting out*”, permitindo aos indivíduos uma alternativa à autoridade do grupo naquelas submatérias (mesmo que se tenha voluntariamente submetido à sua jurisdição), ou seja, não funciona incondicionalmente, mas apenas se justifica se o grupo falhou no fornecimento de remédios internos para a demanda do indivíduo, caso em que tem uma pretensão justa contra a comunidade (*ob. cit.*, p. 135). Ou seja, funciona aquilo que poderíamos designar por uma *regra de exaustão dos recursos internos*. Forçar o membro (vulnerável) a recorrer imediatamente aos tribunais pode revelar-se demasiado oneroso e frequentemente condená-lo ao ostracismo, para além de inviabilizar a transformação das práticas internas. Já garantir que os membros do grupo possam procurar uma solução na sua comunidade mas, falhando esta na tarefa de fornecer um remédio efetivo, garantir que os membros do grupo tenham a possibilidade de recorrer a um mecanismo pré-definido de proteção através da autoridade complementar (neste caso, o Estado), parece uma solução melhor (*ob. cit.*, p. 135) – ou, diríamos nós, mais conforme às exigências da proporcionalidade, como veremos *infra*.

muitos outros modelos multiculturalistas que impedem que as tradições jurídicas interajam, sugerindo a impossibilidade do diálogo multicultural<sup>1130</sup>.

Note-se que o modelo procura rentabilizar uma dimensão por vezes ignorada na discussão sobre o reconhecimento dos “grupos culturais”, qual seja a da transformação e resinificação que resulta, para os participantes, das recíprocas relações entre culturas ou “trocas culturais”, que exigem que as partes envolvidas se respeitem mutuamente como participantes num diálogo entre iguais, do qual é previsível que nenhuma delas “saia igual”. Não obstante, é certo que da análise de SHACHAR transparecem, ainda assim e pese embora todas as cautelas em afirmar o carácter dinâmico da cultura e a multidimensionalidade da identidade, vestígios de uma certa análise monolítica da cultura<sup>1131</sup>.

A proposta de SHACHAR padece igualmente, segundo BENHABIB, de outras insuficiências institucionais e normativas, entre as quais a de ecletismo jurídico na concretização da jurisdição multicultural e risco de “refeudalização da lei”, que a leva a afirmar que “se não se traçam linhas bem claras entre os imperativos constitucionais não negociáveis e aquelas práticas, direitos ou merecimentos que podem ser administrados por distintos grupos *nomoi*; e se não se especifica a capacidade dos princípios constitucionais para prevalecer sobre outro tipo de normas jurídicas, é possível que não estejamos a resolver o paradoxo da vulnerabilidade multicultural mas simplesmente a permitir a sua recirculação sem solução no sistema”<sup>1132</sup>.

O modelo de SHACHAR é, afinal, um modelo de governação conjunta em contexto pluralista, que não podemos deixar de discutir paralelamente a outros modelos de governança multinível. Como a própria autora escreve, “a governança conjunta visa não apenas providenciar uma solução para o paradoxo da vulnerabilidade multicultural, mas contribuir para o esforço contemporâneo mais amplo de redefinir o papel do Direito do Estado em relação a fontes de autoridade

---

<sup>1130</sup> SEYLA BENHABIB, *Las reinvidicaciones...*, cit., p. 211.

<sup>1131</sup> *Idem*, cit., p. 204, considera um erro sério ampliar o uso aparentemente inócuo do termo grupos *nomoi* para designar comunidades tribais, nacionais ou étnicas, na medida em que partilhem uma cosmovisão abarcadora e visem criar leis com base nela, por recuperar os erros do essencialismo tribal e por distinguir de forma estanque os grupos quando as pessoas podem ter várias pertenças. SARAH SONG, *Justice...*, cit., p. 4 e 5, acusa AYELET SHACHAR de ter uma perspectiva igualmente monolítica das culturas, e de não distinguir realidades diferenciadas, designadamente privilegiar os grupos religiosos e desconsiderar que nem todos os grupos culturais preenchem o ‘tipo’ de grupos *nomoi*.

<sup>1132</sup> SEYLA BENHABIB, *Las reinvidicaciones...*, cit., p. 211-212.

concorrentes situadas “acima” e “abaixo” do nível nacional”<sup>1133</sup>. Com efeito, podemos afirmar que os novos níveis de complexidade introduzidos no ‘mosaico’ contrapõem um padrão emergente baseado na pluralidade e na diversidade à configuração constitucional *vestefaliana* da Europa<sup>1134</sup>. Não deixa no entanto de se assinalar que a estruturação das relações entre poderes que reivindicam jurisdição sobre determinadas áreas da vida social em termos de subsidiariedade, complementaridade e diálogo pode ser acusada de prescindir irrealisticamente de um critério último de decisão para as situações de impasse, chame-se-lhe hierarquia ou prevalência.

Em termos que não se apartam radicalmente dos pressupostos de SHACHAR, SARAH SONG<sup>1135</sup> parte de um conceito construtivista de cultura e desenvolve uma abordagem normativa (na realidade, semicontextual) a que chama ‘acomodação respeitadora de direitos’ (*rights-respecting accommodationism*, no original) comprometida simultaneamente com a busca da justiça para as minorias culturais e para as mulheres, e que espelha uma ideia de tratamento recíproco com igual respeito. As circunstâncias que tendem a caracterizar sociedades culturalmente diversificadas – discriminação presente, injustiça histórica, não neutralidade do Estado face à cultura – permitem a presunção em favor da acomodação, mas esta presunção pode ser afastada por respeito ao compromisso das democracias liberais com a proteção dos direitos básicos dos membros individuais dos grupos culturais minoritários, e que são os direitos e liberdades associados à cidadania democrática liberal, *id est*, liberdade de consciência, liberdade de expressão, liberdade de associação e direito a participar no exercício do poder coletivo ao qual se está sujeito, uma vez que a dimensão de ‘igual respeito’ e ‘tratamento como iguais’ exige o reconhecimento de uma voz no governos dos assuntos coletivos<sup>1136</sup>. O compromisso das democracias liberais com o princípio do “igual respeito” serve simultaneamente de fundamento e de limite à acomodação cultural, assim como a deliberação tem um papel chave na resolução de dilemas

---

<sup>1133</sup> AYELET SHACHAR, *Multicultural...*, cit., p. 131.

<sup>1134</sup> Evocamos aqui NEIL WALKER/STEPHEN TIERNEY, “Introduction...”, cit., p.8 ss.

<sup>1135</sup> SARAH SONG, *Justice...*, cit., p. 5 ss.

<sup>1136</sup> *Idem*, cit., p. 47 ss. ressaltando a existência de desacordos quanto aos direitos básicos, havendo entendimentos mais e menos amplos – o que, de resto, resulta amplamente demonstrado pelo que vimos escrevendo sobre a questão.

culturais, uma vez que permite a participação daqueles que são afetados pelos dilemas em causa e lhes dá voz no governo dos ‘conflitos culturais’.

Em suma, do exposto, divisa-se a complementaridade entre dimensões substanciais e dimensões procedimentais e entre dimensões jurídico-normativas e dimensões políticas na abordagem à convivência pluralista<sup>1137</sup>.

### 2.3.A consideração da igualdade relevante

Recorrendo à síntese de KELLY, as teorias multiculturalistas unem-se em torno do reconhecimento da *cultura* em condições de *igualdade*, ainda que tendo por base diferentes entendimentos seja de cultura seja da igualdade (remetemos para o que escrevemos *supra*). Não se trata, pois, apenas de sustentar a importância da cultura (como contexto de construção da identidade ou como ‘recurso moral’), mas de retirar desse respeito pela cultura uma obrigação de reconhecimento (designadamente, das culturas minoritárias e das suas pretensões)<sup>1138</sup>. Os multiculturalistas sustentam que a acomodação da diversidade é imposta pelo princípio da igualdade uma vez que este comporta uma dimensão de *diferenciação*, entendimento que conflitua com um outro, nos termos do qual a igualdade equivale a *uniformidade* de tratamento<sup>1139</sup>.

Ao invés de uma conceção monista que baseia a igualdade na uniformidade, à qual confere prioridade ontológica sobre a diferença, uma conceção da natureza humana que baseie a igualdade no “jogo cruzado de igualdade e diferença”, acentuando que os seres humanos são simultaneamente semelhantes e diferentes, partilhando “uma identidade comum de forma culturalmente mediada”, conduzirá à igualdade como tratamento igual e como tratamento diferenciado, em função da presença ou ausência de diferenças relevantes<sup>1140</sup>. A complexidade da igualdade intercultural pode ser condensada no imperativo transcultural da hermenêutica diatópica assim formulado por BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS - “as pessoas e os

---

<sup>1137</sup> Para um exemplo concreto de uma tal combinação, *vd.* DANIEL BONILLA MALDONADO, *La Constitución...*, cit., p. 269 ss.

<sup>1138</sup> PAUL KELLY, “Introduction...”, cit., p. 5 ss. e, também, BHIKHU PAREKH, *Repensando...*, cit., p. 353 ss.

<sup>1139</sup> Sobre a questão, BHIKHU PAREKH, *Repensando...*, cit., p. 353 ss. Entre nós, MARIA DA GLÓRIA PINTO GARCIA, *Estudos sobre o princípio da igualdade*, Coimbra, Almedina, 2005, p. 7 ss.

<sup>1140</sup> BHIKHU PAREKH, *Repensando...*, cit., p. 353 ss.



grupos sociais têm o direito a ser iguais quando a diferença os inferioriza, e o direito a ser diferentes quando a igualdade os descaracteriza” – e que assinala a passagem da “igualdade ou diferença” à “igualdade e diferença”<sup>1141</sup>.

Ou seja, tratamento igual não equivale a tratamento uniforme ou idêntico, exigindo em determinadas situações um tratamento diferenciado<sup>1142</sup>. Em sociedades culturalmente diversificadas, nas quais os desacordos quanto aos aspectos que se consideram relevantes são prováveis, tal implica que a igualdade seja entendida de forma culturalmente sensível e que a dinâmica de aplicação da igualdade contemple os contextos a que se dirige<sup>1143</sup>. Não se exclui que da diferenciação como exigência da igualdade contextual resultem fenómenos de exclusão ou marginalização - os quais, todavia, implicarão, não a rejeição da igualdade como diferenciação, mas regras sobre a justificação e contestação dessas práticas, bem como a compreensão e ponderação das consequências materiais resultantes da regulação jurídica diferenciada<sup>1144</sup>.

Para a questão da determinação da (des)igualdade relevante assume importância a questão da distinção entre *escolhas* e *circunstâncias*. Esta distinção é muito cara aos liberais e aos defensores da teoria da igualdade de recursos, justificando-se a atribuição de direitos especiais a pessoas e grupos em situação desfavorecida se essa situação não resulta de uma escolha voluntária, mas de uma circunstância involuntária<sup>1145</sup>. Se entendermos como moralmente relevante a distinção entre escolhas e circunstâncias, e daí retirarmos que os indivíduos devem ser responsabilizados pelas consequências das suas escolhas, ao passo que o Estado

---

<sup>1141</sup> BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS, “Por uma conceção...”, cit., p. 350 ss.

<sup>1142</sup> GIOVANNI SARTORI, *La sociedad...*, cit., p. 98, acusa a política de reconhecimento de fabricar e manter artificialmente identidades, pondo em causa a generalidade da lei (também ela garantia de igualdade de tratamento). Quer os tratamentos preferenciais (*ação afirmativa*) quer a política de reconhecimento implicam leis sectárias e tratamentos desiguais que violam o princípio da generalidade da lei - a menos que tenham uma razão de ser e não se convertam de exceção em regra, caso em que são aceitáveis *dentro de certos limites*. Ora se estes *limites* são respeitados no âmbito da ação afirmativa, não o são no multiculturalismo: enquanto na primeira o tratamento desigual visa resultados iguais, na segunda visa resultados desiguais.

<sup>1143</sup> BHIKHU PAREKH, *Repensando...*, cit., p. 353 ss.

<sup>1144</sup> Como sustentam BHIKHU PAREKH, *Repensando...*, cit., p. 378-379 e , MARIA DA GLÓRIA PINTO GARCIA, *Estudos...*, cit., p. 27-28.

<sup>1145</sup> Sobre a questão, *vd.* MARLIES GALENKAMP, “The rationale of minority rights: wishes rather than needs?”, in JUHA RÄIKKÄ (ed.), *Do we need minority rights? Conceptual Issues*, The Hague/Boston/London, Martinus Nijhoff Publishers, 1996, p. 41 ss. Sobre a distinção entre “chance” e “choice”, SUSAN MENDUS, “Choice, Chance and Multiculturalism”, in *Multiculturalism reconsidered*, cit., p. 31 ss.

deverá compensar as desigualdades resultantes das circunstâncias, então será essencial determinar, para a questão da igualdade relevante, se a cultura pode entender-se como uma escolha ou uma predeterminação. A abordagem multicultural da igualdade de recursos sustenta que os membros de culturas minoritárias presentes numa comunidade política multicultural devem ter recursos para manter uma estrutura cultural que os membros da cultura majoritária têm ‘de graça’, dado que a pertença cultural não é análoga a um ‘gosto luxuoso’, pelo qual, de acordo com a argumentação liberal, apenas o agente que o escolhe ou adota deve ser responsável<sup>1146</sup>, mas uma circunstância não escolhida.

Se a cultura é, para o indivíduo, uma questão de escolha, e não de destino, o Estado liberal pode justamente ocupar-se mais dos males que resultam de circunstâncias não escolhidas que dos que resultam de escolhas individuais<sup>1147</sup>. Da mesma forma, para os grupos culturais, se a ortodoxia e a insularidade<sup>1148</sup>, ou o ‘culturalismo reativo’<sup>1149</sup>, não são o ‘estado natural’ das culturas, mas uma ‘decisão’ (que resulta de uma interação cultural, nota SHACHAR) a decisão de um grupo pela insularidade terá implicações na sua relação com o Estado (precludindo, por exemplo, a possibilidade de exigirem autonomia como questão de justiça)<sup>1150</sup>.

Esta distinção entre “circunstâncias” e “escolhas” não é meramente académica, se tivermos em conta que se refere à afetação justa de recursos, para mais num contexto que pode ser de escassez. Por exemplo, pode o Estado ser obrigado a fornecer refeições consoante os diferentes regimes alimentares “especiais”, nas escolas, hospitais, estabelecimentos prisionais? E deve esse fornecimento ser gratuito, ou apenas ser disponibilizado desde que pago, ou pago adicionalmente<sup>1151</sup>?

---

<sup>1146</sup> DAVID OWEN/ JAMES TULLY, “Redistribution...”, cit., p. 265 ss.

<sup>1147</sup> DANIEL M. WEINSTOCK, “Liberalism...”, cit., p. 261-262.

<sup>1148</sup> *Idem*, cit., p. 264.

<sup>1149</sup> AYELET SHACHAR, *Multicultural...*, cit., *passim*, em especial p. 36-37.

<sup>1150</sup> DANIEL M. WEINSTOCK, “Liberalism...”, cit., p.264.

<sup>1151</sup> Algo de semelhante, cremos, diz respeito ao acesso a cuidados de saúde gratuitos (ou tendencialmente gratuitos) tratando-se de doenças para as quais é possível/razoável afirmar que o indivíduo contribuiu pelo seu comportamento. Para alguns autores, não é admissível qualquer diferenciação com base na autocolocação em risco, para outros sim. *Vd.* HELENA PEREIRA DE MELO, “A Igualdade de Oportunidades para quem opta pela ‘Estrada do Tabaco’” in RUI NUNES/MIGUEL RICOU/CRISTINA NUNES (coord.), *Dependências Individuais e Valores Sociais*, Porto, Serviço de Bioética e Ética Médica da Faculdade de Medicina do Porto, 2004, p. 157 ss., p. 176 ss.

A questão de saber se a cultura é apenas uma questão de escolha pode ser ilustrada através do debate que opôs BRIAN BARRY e BHIKHU PAREKH, ambos defensores de uma concepção de justiça de base igualitarista. BRIAN BARRY<sup>1152</sup> sustenta que as opções culturais (aí incluídas as religiosas) não podem ser consideradas uma questão de “sorte ou azar”, semelhante a uma incapacidade física, antes são análogas a gostos luxuosos e, portanto, não são abrangidas pela necessidade de compensação de uma situação de desigualdade de recursos<sup>1153</sup>. O que não significa que as crenças ou pertenças culturais sejam escolhas em toda a sua dimensão (implicam *alguma* referência à vontade – não posso dizer “infelizmente tenho de acreditar em Deus”) mas não significa também que todos tenhamos de obter exatamente os mesmos resultados, desde que todos tenhamos oportunidades. Ou seja, a distinção crítica ocorre entre “os limites no leque de oportunidades aberto às pessoas e os limites às escolhas que elas fazem a partir de certo leque de oportunidades”<sup>1154</sup>. Ao contrário de uma incapacidade física, que limita a possibilidade de fazer ou não certas coisas, ou seja, a *oportunidade*, uma convicção cultural ou religiosa não impede a pessoa de fazer algo, não lhe retira a oportunidade, apenas condiciona a escolha de aproveitar ou não a oportunidade (e entendê-las similares seria insultuoso para ambas as partes) - ora a justiça diz respeito à dimensão das oportunidades, e não das escolhas que as pessoas fazem a partir desses contextos de oportunidade<sup>1155</sup>. Em suma, o multiculturalismo, advogando direitos especiais para minorias culturais, não é uma *questão de justiça*, dado que esta é uma questão de igualdade de oportunidades e estas últimas são um estado de coisas objetivo<sup>1156</sup>.

Podemos contestar este entendimento partindo do argumento de que as oportunidades são algo ‘subjetivo’, na medida em que dependem dos custos ou do risco de custos envolvidos, e que, dado que o Estado não é neutro, o impacto de custos muito elevados de certas políticas estaduais sobre as oportunidades efetivas dos

---

<sup>1152</sup> BRIAN BARRY, *Culture...*, cit. Uma discussão a várias vozes incidindo sobre a sua perspectiva, incluindo um contributo de BARRY, pode encontrar-se em PAUL KELLY (ed.), *Multiculturalism reconsidered*, cit.

<sup>1153</sup> BRIAN BARRY, *Culture...*, cit., p. 35 ss. e DAVID OWEN/ JAMES TULLY, “Redistribution...”, cit., p. 265 ss.

<sup>1154</sup> BRIAN BARRY, *Culture...*, cit., p. 37.

<sup>1155</sup> *Idem*, cit., p. 39. O impacto de uma lei por razões de pertença religiosa pode ser tido em conta, mas por razões utilitaristas, e não de justiça.

<sup>1156</sup> SUSAN MENDUS, “Choice...”, cit., p. 32.

membros das minorias culturais pode suscitar “questões de justiça”. A perspectiva de PAREKH, por exemplo, é a de que as oportunidades se determinam subjetivamente, e que, mesmo que as convicções culturais e religiosas não estejam totalmente fora de controlo humano, são suficientemente fortes para as tornar análogas a incapacidades físicas, pelo que são análogas a circunstâncias, e não a escolhas (como sustenta BARRY, concluindo pela sua equiparação a preferências dispendiosas)<sup>1157</sup>.

SUSAN MENDUS sustenta que a questão fundamental na polémica PAREKH/BARRY não é saber se as convicções culturais e religiosas são algo dado ou escolhido, mas em que medida a afiliação religiosa e cultural pode afetar a possibilidade de uma pessoa levar uma vida plena, ou se o que conta como vida plena é em parte função desses compromissos religiosos e culturais<sup>1158</sup>. Mesmo considerando que houve uma escolha, daí não resulta que a pessoa deva suportar os custos, dado que não devemos ter por definitivas as opiniões subjetivas das pessoas sobre as suas vidas nem assumir definitivamente que devam ser responsáveis preferências independentemente do seu conteúdo – o que torna o liberalismo menos liberal, mas trata-se de um custo suportável<sup>1159</sup>. Ou seja, há que distinguir entre uma forma de igualitarismo que procura remover uma opressão objetivamente identificável e socialmente imposta e uma forma de igualitarismo que procura combater os efeitos da sorte tal como subjetivamente identificada e individualmente experimentada. Sem ir tão longe, SONG sustenta que a distinção escolhas/circunstâncias não deve ser a questão decisiva quando se trata de ‘desigualdade’, propondo uma distinção entre má-sorte, por um lado, e relações e estruturas sociais injustas, por outro, como fontes de desigualdade, admitindo que esta última causa tenha prioridade, aí se incluindo, precisamente, as desigualdades de base cultural. Trata-se, escreve, de atender, não à razão pela qual a pessoa se encontra em desvantagem, mas de determinar a natureza e a dimensão dessa desvantagem<sup>1160</sup>.

---

<sup>1157</sup> *Idem*, cit., p. 33 ss. Numa outra perspectiva, será de ter em conta o que representa esse “gosto dispendioso”, ou seja, se e em que medida ele corresponde a *uma igualdade* ou a *uma desigualdade de oportunidades para o bem-estar*, vd. DAVID OWEN/ JAMES TULLY, “Redistribution...”, cit., p. 265 ss.

<sup>1158</sup> SUSAN MENDUS, “Choice...”, cit., p. 39.

<sup>1159</sup> *Idem*, cit., p. 43.

<sup>1160</sup> SARAH SONG, *Justice...*, cit., p. 50 ss. Como veremos, este é um aspecto decisivo para a reformulação do critério do impacto diferenciado que propõe.

Mas podemos igualmente entender que a questão dos “gostos luxuosos” só se coloca depois de determinada, de forma independente, o que é uma repartição justa de liberdades, direitos e recursos, argumenta DAVID MILLER, que contrapropõe que se abandone a perspectiva dos gostos dispendiosos e se reconheça que o que está em causa é, realmente, *a repartição dos custos*, ou seja, a forma de distribuição dos custos da diversidade cultural entre as várias comunidades que compõem a sociedade e têm de viver juntas <sup>1161</sup>. Ou seja, não se trata de compensar custos que resultam diretamente de compromissos culturais<sup>1162</sup>, mas de uma distribuição justa de custos, nos termos da qual a cada grupo seja pedido, ou que altere a sua prática, ou então que assuma uma parte do custo - o que implica um processo político de diálogo com os membros do grupo, sem o qual não teremos uma noção da onerosidade que uma mudança de práticas implica, e que começa precisamente por questionar a manutenção da *razão de ser* da norma (pois pode esta ser abandonada sem qualquer custo para a maioria caso a sua razão de ser não subsista) <sup>1163</sup>. Isto não significa que a igualdade de oportunidades deva ser definida como resultado de um procedimento democrático, mas que “apenas o debate democrático pode fornecer a informação de que precisamos para aplicar o princípio num contexto multicultural” <sup>1164</sup>.

Note-se que, mesmo sustentando a legitimidade da pretensão da acomodação da diferença com base no argumento da ‘desvantagem cultural’, tal não implica necessariamente que toda e qualquer diferença de impacto justifique a acomodação. Com efeito, o argumento multicultural da imposição de um dever de compensação pela ‘desvantagem cultural’ que, para certos grupos, resulta da não neutralidade do Estado, é suscetível de contestação. Assim, se entendermos que as leis não são neutras nos seus resultados, na medida em que afetam sempre as vidas das pessoas e as afetam sempre de forma desigual, ainda que o seu “valor facial” seja neutro, e que essa é simplesmente “a realidade das coisas”, então o argumento da necessidade de compensar a desigualdade de impacto de certas normas não faz sentido em geral, mas

---

<sup>1161</sup> DAVID MILLER, “Equal Opportunities and Cultural Commitments”, in *Multiculturalism reconsidered*, p. 35 ss., p. 56.

<sup>1162</sup> Para DAVID MILLER, “Equal...”, cit., p. 55, os compromissos culturais não são fixos e é razoável sustentar que os grupos sejam responsabilizados pelas escolhas que fazem, mas é também razoável assumir que a revisão rápida destes compromissos implica custos - no limite, o da desintegração.

<sup>1163</sup> *Idem*, cit., p. 57-58.

<sup>1164</sup> *Idem*, cit., p. 58-59.

apenas depois de determinado o impacto e se e em que medida pode ser considerado injusto<sup>1165</sup>. Não obstante distanciar-se da perspectiva de igualdade como uniformidade de BARRY e admitir uma imposição de igualdade traduzida na acomodação em virtude da ‘desvantagem cultural’, SONG<sup>1166</sup> sustenta igualmente que o argumento do impacto diferenciado tem de ser reformulado. Assim, não só o impacto diferenciado não constitui injustiça em todos os casos, como este argumento não pode ser utilizado isoladamente para sustentar uma pretensão de acomodação, sendo igualmente necessário atender à ‘razoabilidade’ das reivindicações culturais apurada segundo um teste em dois momentos, idealmente prosseguido através da deliberação democrática<sup>1167</sup>, que contrapesa os interesses do grupo na prática ‘onerada’ e os interesses do Estado na norma ou na política adotada. De acordo com o procedimento metódico proposto pela autora, no primeiro momento será de indagar do impacto da norma ou política no grupo, apurando se a lei colide com algo de interesse fundamental para algumas pessoas e, de seguida, determinar a *ratio* da norma ou política. Caso não sirva nenhum interesse legítimo, a medida deverá ser revista ou abandonada; se servir um interesse público imperativo, deve contrapesar-se este interesse e o interesse do grupo na prática ou tradição afetada. O aspecto fundamental da questão do impacto diferencial não é, pois, sustentar que todos os cidadãos devem sofrer o mesmo impacto ou ser identicamente sobrecarregados por qualquer norma ou medida, mas sim perguntar se esta colide com algum interesse fundamental das pessoas.

A relevância da distinção escolhas *versus* circunstâncias é ainda obviamente perceptível no caso dos imigrantes. No seu caso, sustenta-se por vezes, a ida para um país diferente e para uma cultura diferente resulta de uma *escolha*, e não de uma circunstância involuntária<sup>1168</sup> - ainda que se trate de um pressuposto contestado, como

---

<sup>1165</sup> Assim, BRIAN BARRY, *Culture...*, cit., p. 34.

<sup>1166</sup> SARAH SONG, *Justice...*, cit., p. 61 ss.

<sup>1167</sup> *Idem*, cit., p. 68. Ou seja, o enquadramento é dado a partir da justiça como igualdade, mas as políticas e soluções concretas devem ser decididas através de deliberação entre aqueles que são afetados por tais medidas, dado que ‘tratar as pessoas como iguais’ implica garantir-lhes a oportunidade de participar na tomada de decisões coletivas.

<sup>1168</sup> Não totalmente sobreponível à distinção que, atendendo ao elemento da “vontade”, contrapõe as minorias que o são e assim permanecem voluntariamente (*minorities by will*) e que, enquanto tal, excluem qualquer assimilação ou plena integração na maioria, pretendendo preservar todas as suas particularidades de ordem cultural, e as minorias *apesar da sua vontade* (*minorities by force*) que, ao contrário, entendem a sua condição minoritária como

vimos. Este argumento tem permitido justificar do ponto de vista do princípio da igualdade uma diferença de tratamento e de reconhecimento de direitos entre minorias autóctones e imigrantes, assim como a conclusão de que o Estado pode legitimamente esperar a assimilação dos imigrantes às condições de vida que existem no Estado<sup>1169</sup>.

Utilizando a terminologia proposta por AMARTYA SEN<sup>1170</sup>, parece-nos relevante atender à dimensão da escolha, mais que ao resultado da escolha, ao “ser-se livre de fazer” mais que ao que se fez. O conceito de capacidade andarà associado ao aspecto de oportunidade ínsito na liberdade enquanto “oportunidades compreensivas”, *id est*, que leva em conta o processo pelo qual se chegou ao resultado de culminação, e não apenas o que possa acontecer em termos de culminação. A perspetiva da capacidade permite centrar a atenção na real aptidão que as pessoas têm de escolher viver um dos tipos de vida que estejam ao seu alcance, em vez de no resultado da escolha. A capacidade de escolher a maneira como se vive, incluindo a oportunidade de respeitar certos aspectos e preferências culturais da cultura de origem se assim se desejar, interessa enquanto reflexo da oportunidade e da escolha, e não como celebração de um particular estilo de vida, qualquer que seja, independentemente de preferências ou escolhas. E, portanto, a nossa atenção deve centrar-se na real aptidão que as pessoas têm de viver de acordo com certas tradições culturais, se continuarem a valorizá-las no país de acolhimento, mais que no resultado - que, em todo o caso, não pode interpretar-se como um argumento a favor de uma determinada escolha. O que permitirá centrar a questão da determinação da igualdade relevante, não tanto numa determinação externa do que é ou não é uma escolha, mas nas circunstâncias da escolha.

Mesmo que a cultura não seja uma questão de acaso/sorte, não algo de involuntário como uma incapacidade física mas algo que comporta sempre uma dimensão de liberdade e vontade, como sublinha BARRY - ou seja, mesmo que o uso

---

fruto de discriminação forçada, discriminação que se pretende superar com a assimilação, na situação jurídica e nos direitos, ao grupo que detém de facto a maioria ou com a eliminação das discriminações subsistentes. Sobre esta distinção, GIOVANNI MARIA FLICK, “Minoranze...”, cit., p. 20.

<sup>1169</sup> Sobre esta questão, DIETRICH MURSWIEK, “Demokratie und Freiheit im multiethnischen Staat”, in DIETER BLUMENWITZ/GILBERT H. GORNIG (dir.), *Kulturstiftung der Deutschen Vertriebenen / Studiengruppe für Politik und Völkerrecht: Minderheitenschutz und Demokratie*, Berlim, Duncker & Humblot, 2004, p. 55-57.

<sup>1170</sup> Seguimos, neste parágrafo, AMARTYA SEN, *A ideia...*, cit., p. 317 e 319. Sobre o conceito de capacidades, entre nós, BENEDITA MACCRORIE, *A renúncia...*, cit., p. 146 ss.

de determinado vestuário religioso não seja algo de inevitável (e, nesse sentido, não seja uma questão de igualdade permitir exceções quanto a regras de “*dress code*”) - continua a ser uma questão de igualdade que apenas *certas* formas de vestir, e não outras, sejam proibidas<sup>1171</sup>.

A sugestão de ausência ou dificuldade<sup>1172</sup> de delimitação de critérios para a determinação do que seja uma desigualdade relevante para justificar o reconhecimento afeta a legitimidade desse reconhecimento. É central, por conseguinte, determinar a razão que torna uma concreta diferença relevante e merecedora de reconhecimento, considerando que todos somos diferentes nalguma coisa, sendo o mesmo válido para os grupos<sup>1173</sup>. Mais uma vez, é útil retomar a distinção a que já aludimos para verificar que a resposta à questão do reconhecimento pode vir dada a partir de duas perspectivas diferentes<sup>1174</sup>. Assim, para os defensores da abordagem teórica, as lutas dos grupos minoritários são *lutas pelo reconhecimento* nas quais a forma e conteúdo do reconhecimento político são formulados nos termos de uma teoria da justiça ou, para críticos do liberalismo, de uma teoria da vida ética – e essas teorias incluirão algumas observações sobre a questão da distribuição dos bens identificados como tal segundo a respetiva métrica da igualdade. Para os defensores da abordagem política, as lutas dos grupos minoritários são vistas como *lutas sobre o reconhecimento* nas quais a forma e o conteúdo do reconhecimento político são governadas pelas condições da argumentação pública e os efetivos processos de deliberação e contestação nos quais os cidadãos se envolvem<sup>1175</sup>.

---

<sup>1171</sup> Alertando para a questão, FÉLIX EKARDT, “Weder Leitkultur noch multikultureller Relativismus”, in *KJ*, n.º 38, 2005, p. 248 ss.

<sup>1172</sup> A dificuldade na determinação de um critério objetivo e coerente de determinação das diferenças a reconhecer leva SARTORI a sustentar que as diferenças que contam são cada vez mais as diferenças postas em evidência por quem tem *capacidade de mobilização*, GIOVANNI SARTORI, *La sociedad...*, cit., p. 87.

<sup>1173</sup> *Idem*, cit., p. 85-86.

<sup>1174</sup> DAVID OWEN/ JAMES TULLY, “Redistribution...”, cit., p. 265 ss.

<sup>1175</sup> *Idem*, cit., p. 266-7.



### 3. Da diversidade cultural em geral à multiculturalidade imigrante

#### 3.1. Modelos de gestão político-institucional da diversidade cultural

Perante a necessidade de pensar os princípios em relação com os seus contextos de descoberta e aplicação<sup>1176</sup>, ilustraremos a passagem da teoria ao plano das suas aplicações pelos modelos sociais e jurídicos de integração e acomodação da diversidade cultural. Cientes da ambiguidade do termo integração, ressaltamos desde já que o utilizamos num sentido inclusivo e, por conseguinte, não enquanto sinónimo de assimilação, implicando obrigações para todas as partes envolvidas<sup>1177</sup> e, por conseguinte, também para a maioria, cujos pontos de vista e autopercepção o Direito, as instituições, os costumes e a cultura de uma comunidade política refletem<sup>1178</sup>.

Num primeiro momento, as políticas multiculturalistas beneficiaram os povos indígenas e as minorias nacionais, em combinação com o reconhecimento de autonomias territoriais e políticas, estendendo-se, depois, aos migrantes e às questões levantadas pela sua integração<sup>1179</sup>. Hoje em dia, a generalidade dos Estados europeus reconhece a necessidade de ter em conta as diferenças culturais nos seus processos políticos de tomada de decisões, e procura modelos para acomodar e integrar as “novas minorias” resultantes das migrações<sup>1180</sup>.

Seguindo a tipologia proposta por MEDDA-WINDISCHER, as respostas estaduais ao desafio da diversidade e da coesão podem organizar-se *descritivamente* em torno dos seguintes modelos abstratos: (a) modelo de exclusão, repressivo, nacionalista; (b)

---

<sup>1176</sup> PATRICK SAVIDAN, *Le multiculturalisme*, cit., p. 121.

<sup>1177</sup> Alertando para ambiguidade do termo ‘integração’ e preferindo ‘inclusão’, uma vez que esta sugere integração mas igualmente diversidade, PIERRE SALAMA, *Migrants...*, cit., p. 59. A prática dos chamados “contratos de integração”, pelos quais o país de acolhimento “contratualiza” a sua relação com os imigrantes que acolhe, estabelecendo os termos nos quais a sua permanência é permitida, ilustra a proximidade entre integração e assimilação, sendo discutível a adequação do recurso à figura do “contrato”, tanto mais que dificilmente se poderá configurar num destes contratos um verdadeiro acordo de vontades ou, pelo menos, verificar-se uma efetiva liberdade de estipulação das partes (aproximando-se, assim, daquilo que na doutrina civilística se designa por “contrato de adesão”).

<sup>1178</sup> Pelo que se lhes pode exigir maior autocontenção para alcançar a tolerância mútua do que a que é exigida aos seus pares minoritários para se ajustarem ao modo de vida daquela comunidade e sobreviverem, sustenta MICHEL ROSENFELD, “Editorial”, cit., p. 4.

<sup>1179</sup> PATRICK SAVIDAN, *Le multiculturalisme*, cit., p. 18-19.

<sup>1180</sup> ROBERTA MEDDA-WINDISCHER, *Old...*, cit., p. 13.

modelo assimilacionista, na versão radical (puro modelo de assimilação) e na versão intermédia, que se caracteriza pela abordagem “*colour blind*”, não intervencionista, agnóstica e liberal, e (b) modelo pluralista, promocional, multicultural, intercultural, no qual também podem identificar-se duas versões, a do relativismo de valores radical, e o modelo defendido pela autora, que é o modelo de integração ou inclusão das minorias baseado nos direitos humanos, ou “modelo árvore”<sup>1181</sup>. Outras classificações da atitude estadual perante a diversidade cultural e a presença de minorias distinguem entre políticas assimilacionistas, diferenciadoras e multiculturalistas<sup>1182</sup>, ou então classificam a atitude do Estado num *continuum* que se estende da eliminação das diferenças ou aspirações políticas conflitantes, discriminação dos membros de minorias, assimilação dos grupos minoritários, indiferença ou passividade face à diversidade, tolerância da diversidade, promoção das identidades minoritárias e das suas aspirações, proteção das identidades minoritárias e das suas aspirações, igualdade dos diferentes grupos presentes no Estado<sup>1183</sup>.

Aos modelos abstratos de integração *lato sensu* das minorias podemos contrapor as experiências concretas adotadas em diversos países, atendendo à sua história e características sociais e políticas, bem como ao tipo de diversidade cultural em causa - assim, nenhum país oferece um exemplo exato de um destes modelos, combinando frequentemente traços destes modelos em novas vias de abordagem<sup>1184</sup>. Cada sociedade tem de escolher o modelo que melhor se adequa às suas características, designadamente “à sua história, tradições, auto compreensão, recursos morais e culturais, nível de desenvolvimento económico e político, natureza, número e reivindicações das suas minorias, assim como ao nível de coesão entre os principais atores no país, dos indivíduos aos partidos políticos, da sociedade civil às autoridades nacionais e locais”<sup>1185</sup>, no limite de um conjunto mais ou menos alargado de

---

<sup>1181</sup> *Idem*, cit., p. 31 ss.

<sup>1182</sup> EDUARDO J. RUIZ VIEYTEZ, *Minorías, inmigración y democracia en Europa. Una lectura multicultural de los derechos humanos*, Valencia, PUV/ Tirant lo Blanch, 2006, p. 329 ss.

<sup>1183</sup> *Idem*, cit., p. 327.

<sup>1184</sup> ROBERTA MEDDA-WINDISCHER, *Old...*, cit., p.33.

<sup>1185</sup> *Idem*, cit., p. 257 e TARIQ MODOOD, *Multiculturalism...*, cit., p. 45-46. Sobre a questão, vd. ainda CARLA AMADO GOMES/ANABELA COSTA LEÃO, *A condição...*, cit., p. 7 ss.

princípios, designadamente jurídico-internacionais e constitucionais, acrescentaríamos nós. Voltaremos a este aspecto *infra*.

A imigração coloca questões relacionadas, não apenas com o *controlo* do acesso ao território, gestão de fluxos e condições de admissão e circulação de imigrantes, mas também com as condições de “desenvolvimento do projeto migratório” no país de acolhimento e com a questão da *integração* dos imigrantes<sup>1186</sup>, assumida como tarefa não apenas no plano nacional mas também como prioridade da própria União Europeia. A integração, como efeito, é um processo complexo, que se desenvolve a vários níveis e com diversos atores<sup>1187</sup>. As diferentes tradições, histórias, características dos movimentos migratórios<sup>1188</sup>, refletem-se nos diferentes arranjos institucionais e nas diferentes abordagens, de país para país, dando origem a diferentes “modelos” e, mesmo, à necessidade (mais ou menos real) de repensar e rever os modelos existentes. Concretizando para a imigração, PIERRE SALAMA distingue assimilação e multiculturalismo, aplicados em diferentes áreas (organizações de grupos minoritários, mercado de trabalho, habitação, educação, policiamento, sensibilização pública, desenvolvimento urbano, governo e cidadania), com as quais contrasta a abordagem intercultural como um passo adiante destinado a superar os aspectos negativos apontados a ambas<sup>1189</sup>.

A análise empreendida trata em conjunto as chamadas minorias tradicionais, sejam minorias nacionais ou indígenas, e as minorias de origem imigrante, ou minorias resultantes da imigração. Com efeito, não obstante as diferenças (a primeira das quais o carácter tendencialmente territorial das primeiras), tem-se afirmado uma tendência no sentido de uma abordagem unitária, que identificámos nas abordagens

---

<sup>1186</sup> ANA MARÍA MARCOS DEL CANO, “Inmigración y minorías”, in ÓSCAR PÉREZ DE LA FUENTE (ed.), *Una discusión sobre la gestión de la diversidad cultural*, Madrid, Dykinson, 2008, p. 55 ss., p. 60 ss. Salientando que, durante situações de crise, a atenção dos Estados-membros se volta para as políticas de controlo da imigração, mas nenhuma política de imigração pode ser bem planeada e sucedida sem levar em conta o impacto das medidas de integração, cfr. *Relatório Anual 2010 da Comissão Europeia contra o Racismo e a Intolerância*, CRI (2011) 36, Estrasburgo, 06 /2011, disponível em [www.coe.int/ecri](http://www.coe.int/ecri).

<sup>1187</sup> CARLA AMADO GOMES/ANABELA COSTA LEÃO, *A condição...*, cit., p. 12 ss.

<sup>1188</sup> Sobre a questão em relação ao caso português, DAVID JUSTINO, “Integração política e cívica. Cidadania e Civismo. Participação política. Acesso à Nacionalidade”, in ANTÓNIO VITORINO (coord.), *Imigração: oportunidade ou ameaça? Recomendações do Fórum Gulbenkian Imigração*, Estoril, Principia, 2007, p.153 ss.

<sup>1189</sup> PIERRE SALAMA, *Migrants...*, cit., p. 61 ss.

teóricas e se comprova igualmente no tratamento jurídico<sup>1190</sup>. Esta abordagem é especialmente útil no que diz respeito à análise das pretensões substancialmente culturais mas, chegados à dimensão instrumental da representação política, o critério da nacionalidade continua a desempenhar uma função demarcadora assinalável.

Terminamos com uma referência às políticas públicas multiculturalistas, no sentido de políticas de reconhecimento público, apoio e acomodação que vão para além das medidas de não-discriminação nos direitos civis e na nacionalidade<sup>1191</sup>. BANTING, JOHNSTON, KYMLIKA e SOROKA<sup>1192</sup> propõem a seguinte classificação de políticas multiculturalistas: afirmação constitucional ou legal do multiculturalismo, a nível central e/ou regional e municipal, adoção do multiculturalismo no *curriculum* escolar, inclusão de representação/sensibilidade étnica no mandato dos *media* públicos ou no licenciamento dos *media*, isenções (estabelecidas por lei ou decisão judicial) quanto, por exemplo, a regras de vestuário ou à legislação de encerramento de comércio, permissão de dupla cidadania<sup>1193</sup>, criação de organizações de grupos étnicos para apoiar atividades culturais, criação de educação bilingue ou instrução na língua-mãe e ação afirmativa para grupos imigrantes desfavorecidos<sup>1194</sup>.

---

<sup>1190</sup> Neste sentido, ROBERTA MEDDA-WINDISCHER, *Old...*, cit., p. 40 ss. e EDUARDO J. RUIZ VIEYTEZ, *Minorías...*, cit., p. 311 ss.

<sup>1191</sup> KEITH BANTING/ RICHARD JOHNSTON/ WILL KYMLICKA/ STUART SOROKA, “Do multiculturalism...”, cit., p. 52. É grande a flutuação terminológica em torno do conceito de “políticas multiculturalistas”, refletindo a imprecisão do conceito de “multiculturalismo” de que demos conta *supra*.

<sup>1192</sup> *Idem*, cit., p. 49 ss. Neste artigo são analisadas as políticas multiculturalistas, não o discurso multiculturalista (que são diferentes e podem nem sequer andar associados), e para o período 1980-2000, por isso os *rankings* apresentados podem não traduzir as mudanças recentes em alguns países (*e.g.* o alegado retrocesso no multiculturalismo no tratamento de imigrantes no Reino Unido e na Holanda). Propõem uma classificação de políticas multiculturalistas, por recurso à qual ordenam os países ocidentais quanto à força das políticas adotadas em resposta às preocupações das três minorias étnicas: imigrantes, minorias nacionais e minorias indígenas. Apenas consideramos aqui as respeitantes às minorias imigradas.

<sup>1193</sup> Os autores (ob. cit., p. 56, n. 7) não consideram o acesso não discriminatório à cidadania, em si, como uma forma de política multiculturalista. As políticas de naturalização só são políticas multiculturalistas quando tiverem sido modificadas em ordem a acomodar identidades étnicas imigrantes, *v.g.* acomodando o desejo dos imigrantes de manter uma ligação ao seu país de origem através da dupla cidadania.

<sup>1194</sup> Os autores ressaltam (ob. cit., p. 57, n. 8) que esta inclusão de medidas de ação afirmativa é controversa, pois não tem de envolver o reconhecimento de uma diferença cultural, e é mesmo defendida por alguns como ferramenta de assimilação. Porém, ainda que não o seja sempre, pode ser uma das políticas multiculturalistas. Adicionalmente, alguns autores propõem a inclusão de uma nova política – a política de admissão de grandes números de

Estas são, atualmente, as oito medidas utilizadas pelo *Multiculturalism Policy Index* (MPI)<sup>1195</sup>. Consideremos ainda adicionalmente outro índice de medição de políticas multiculturalistas, o *The Migrant Integration Policy Index* (MIPEX)<sup>1196</sup>. Não são sobreponíveis, uma vez que o MPI analisa as *políticas multiculturalistas* e abrange três grupos – minorias nacionais históricas, grupos indígenas e minorias de origem imigrante – ao passo que o MIPEX apenas aborda a integração de imigrantes. No entanto, ambos contemplam dados relativos a imigrantes e políticas no contexto educativo e antidiscriminatório. O MIPEX cobre várias áreas: acesso à nacionalidade, medidas antidiscriminação, reagrupamento familiar, mobilidade no mercado de trabalho, residência de longa duração, educação e participação política.

A adoção mais ou menos generalizada de “medidas multiculturalistas” a partir dos anos 60 traduziu uma mudança de abordagem perante a imigração, abordagem inicialmente assimilacionista<sup>1197</sup>. Verificou-se então, em grau variável, em todos os países de imigração tradicionais, ainda que com diferenças no *quantum* formal ou oficial destas mudanças, a adoção de critérios de admissão neutros quanto à raça e a adoção de uma conceção de integração mais “multicultural”<sup>1198</sup>.

A concluir, note-se que a avaliação do funcionamento destes modelos e das políticas multiculturalistas concretas permite evidenciar que a opção por este tipo de soluções comporta ganhos, mas também custos e perdas, de natureza não estritamente económica. Por exemplo, a adoção de uma educação bilingue pode favorecer o acesso à educação dos estudantes que não são fluentes na língua maioritária, contribuindo assim para a sua inclusão, mas simultaneamente irá dificultar a obtenção de proficiência nessa língua e, dessa forma, intensificar a exclusão que resulte das

---

imigrantes como residentes permanentes e futuros cidadãos – que não é todavia considerada, ob. cit., p. 57.

<sup>1195</sup> *Multiculturalism Policy Index*, <http://www.queensu.ca/mcp/> [18/06/2013]. Este é um projeto de investigação científica que acompanha a evolução de políticas multiculturais em 21 democracias ocidentais. O projeto inclui índices para três momentos temporais (1980, 2000, 2010) e para três tipos de minorias: minorias imigradas, minorias nacionais históricas e povos indígenas.

<sup>1196</sup> *The Migrant Integration Policy Index*, <http://www.mipex.eu/> [18/06/2013]. Trata-se de um guia de referência e uma ferramenta interativa para avaliar, comparar e melhorar as políticas de integração. Este guia avalia as políticas de integração de países da Europa e da América do Norte, sendo produzido pelo *Migration Policy Group* e pelo *British Council*.

<sup>1197</sup> KEITH BANTING/ RICHARD JOHNSTON/ WILL KYMLICKA/ STUART SOROKA, “Do multiculturalism...”, cit., p. 54-55.

<sup>1198</sup> *Idem*, cit., p. 55.

barreiras linguísticas<sup>1199</sup>. Por outro lado, o facto de certos grupos de imigrantes ou com origem imigrante<sup>1200</sup> fazerem reivindicações quanto à preservação das suas identidades distintas pode ser visto, ora como sinal de fragmentação social, ora como sinal de uma integração bem-sucedida<sup>1201</sup>.

### 3.2.A especificidade do multiculturalismo imigrante

Retornando às duas dimensões na política de imigração a que aludimos *supra*, uma relativa à gestão de fluxos e condições de admissão e circulação de imigrantes, outra relativa às condições de “desenvolvimento do projeto migratório”, notamos que as questões culturais que nos ocupam dizem respeito sobretudo à segunda dimensão, não obstante a sua presença também na primeira das dimensões apontadas<sup>1202</sup>.

A proteção da cultura e da identidade e diferença cultural dos imigrantes ocupam hoje um lugar central na discussão multiculturalista. Afastado o ‘viés nacionalista’ a que aludimos *supra*, também os imigrantes podem invocar o direito à cultura, não havendo que distinguir, para esse efeito e em abstrato, entre gerações de imigrantes, entre imigrantes recém-chegados e comunidades já estabelecidas<sup>1203</sup>. Com

---

<sup>1199</sup> ROSALIE PEDALINO PORTER, “Divisive and damaging effects of official multicultural, diversity, multilingual policies on american public life”, *The Social Contract*, vol. 22, n.º 4, 2012, disponível em [http://www.thesocialcontract.com/artman2/publish/tsc\\_22\\_2/index.shtml](http://www.thesocialcontract.com/artman2/publish/tsc_22_2/index.shtml)

<sup>1200</sup> Dado que os imigrantes não estão por natureza destinados a permanecer imigrantes, a persistência da designação de imigrante de segunda, terceira e quarta geração mesmo para quem, formalmente, já deixou de ter a condição de imigrante para passar a ter a de cidadão pode revelar-se enganadora. Preferimos a designação pessoas ou grupos com *background* imigrante, utilizada por exemplo pela CERI, ou em culturas de origem imigrante.

<sup>1201</sup> CERI, *Relatório anual de 2010...*, cit.

<sup>1202</sup> Por exemplo, o recurso a indicadores culturais como critério de seleção na entrada de imigrantes, designadamente para permitir a entrada de estrangeiros com um perfil cultural próximo do do país de acolhimento e, por conseguinte, mais “integráveis”, o recurso a “critérios culturais” no acesso ao território (v.g. exigindo um determinado conhecimento da língua do país) justificado pela necessidade de garantir a integração, utilização das práticas culturais como critério para a admissão ou para a negação de autorização de saída de estrangeiros - vejam-se os casos de asilo concedido por causa de perseguições culturais e as recusas de autorização de saída por suspeita de a mesma se destinar à prática de mutilação genital feminina. Adotamos aqui um conceito amplo de ‘imigrante’.

<sup>1203</sup> ALISON DUNDES RENTELN, *The cultural...*, cit., p. 214 ss. Também IGNACIO ARA, “El impacto jurídico de la diversidad cultural”, in *PyD*, n.º 49, 2003, p. 263 ss., p. 310 ss., rebate o argumento da “renúncia voluntária à própria cultura” em virtude da opção de se instalar num novo país, reconhecendo aos imigrantes o direito de beneficiar das políticas de reconhecimento da identidade cultural.

efeito, as razões que aduzimos *supra* em favor de uma defesa da cultura (em sentido amplo e não, por conseguinte, enquanto ‘cultura societal’) são igualmente aplicáveis às culturas imigrantes.

Porém, de um ponto de vista político e de um ponto de vista jurídico, torna-se importante, a nosso ver, uma breve referência às questões da pertença à comunidade política. A qualidade de membro da comunidade política é um bem a distribuir do qual depende o acesso a outros bens, qualidade essa determinada em grande medida pelo acidente ou pela “lotaria” do nascimento (na expressão de Shachar), da qual resultam, de facto e só por si, condições sociais, económicas e políticas de vida muito diferentes<sup>1204</sup>. Estamos, pois, perante questões que interrogam as concepções de justiça, no plano individual mas também no da justiça global.

O “puzzle da adscrição da cidadania”, com base no *ius soli* ou no *ius sanguinis*, permite precisamente lançar luz sobre o sistema de perpetuação de desigualdades ao nível global, para o qual a discussão sobre a abertura cosmopolita ou encerramento de fronteiras (ou sobre a sua natureza porosa) procura avançar respostas<sup>1205</sup>. Esta discussão tece-se em torno, mais uma vez, de argumentos ligados à preservação e continuidade da identidade cultural, ao impacto económico da imigração nos países de destino e da sustentabilidade dos sistemas de prestação social ou da segurança destes, à forma de entender as consequências da democracia e ao direito à autodeterminação política dos Estados<sup>1206</sup>.

Pressupondo a categoria de imigrante a referência à cidadania – pois um imigrante não é, formalmente, um nacional, mas um “estranho”<sup>1207</sup> – é, todavia, importante notar que o imigrante pode deixar de ser formalmente imigrante, adquirindo a cidadania, sem que por isso deixe de ser relevante a questão da tutela da identidade cultural, ou a do significado que assuma a sua origem imigrante, e que a tutela da identidade cultural, por sua vez, não se justifica apenas pela referência aos

---

<sup>1204</sup> JOÃO CARDOSO ROSAS, *Concepções...*, cit. p. 88 e AYELET SHACHAR, *The birthright lottery, Citizenship and global inequality*, Cambridge/Londres, Harvard University Press, 2009, p. 1 ss., esta última explorando a analogia entre a “pertença” determinada em função do nascimento e a propriedade herdada, ob. cit., p. 21 ss.

<sup>1205</sup> AYELET SHACHAR, *The birthright...*, cit., p. 44 ss.

<sup>1206</sup> *Idem*, cit., p. 134 ss.

<sup>1207</sup> Sobre a questão, CARLA AMADO GOMES/ANABELA COSTA LEÃO, *A condição...*, cit., p. 21 ss. Aí se estabelece uma definição de imigrante por referência ao ordenamento jurídico português.

imigrantes, dada a realidade heterogénea e diversificada das nossas sociedades, para a qual a imigração contribui, mas que não esgota.

A cidadania desempenha um papel fundamental nas “lutas pelo reconhecimento e inclusão”<sup>1208</sup>, seja pelos direitos políticos associados à pertença e pela “promessa de igualdade formal”, mas também pelas suas implicações identitárias e pelas consequências no acesso a direitos e bens sociais<sup>1209</sup>. Ora estas dimensões estão associadas, não obstante verificar-se hoje em dia um “efeito de desagregação” que faz com que possa ter-se direitos sociais sem ter direitos políticos ou direitos de participação política sem ser cidadão<sup>1210</sup>, o que pode observar-se se analisarmos o estatuto jurídico do estrangeiro nas modernas democracias ocidentais. Por outro lado (e como analisámos *supra*, na Parte I) ao contrário do que sucedia no Estado Nação, ROSENFELD nota que a globalização e as migrações dissociam a *dimensão funcional* da cidadania em sentido moderno (permitir a cada cidadão prosseguir um caminho para a autorrealização e participar no governo coletivo com os seus concidadãos) da *dimensão identitária* (que traduz a identidade abstrata de todos os indivíduos na comunidade política) e “mandam-nas em direções opostas”, pois ao mesmo tempo que a dimensão funcional reivindica universalização (e.g. no acesso a prestações sociais e mesmo a direitos políticos), acentuam-se as identidades nacionais, religiosas, étnicas, gerando-se tensões entre ambas<sup>1211</sup> que demonstra, precisamente, o carácter multifacetado que a cidadania assume.

A “função demarcadora” da cidadania pode revelar-se de forma mais ou menos intensa consoante a sua regulação jurídica concreta (e, designadamente, consoante a adoção mais ou menos ampla de regars de equiparação de tratamento entre nacionais e estrangeiros), afetando, por conseguinte, a titularidade de mais ou menos direitos<sup>1212</sup>.

Todavia, verifica-se a prática de reserva de direitos políticos, *maxime* os direitos eleitorais passivos e ativos, a nacionais. Ora, o “argumento democrático” que

---

<sup>1208</sup> AYELET SHACHAR, “Citizenship”, in *The Oxford...*, cit., p. 1002 ss., p. 1004.

<sup>1209</sup> SEYLA BENHABIB, *Las reivindicaciones...*, cit., p. 266 e 289.

<sup>1210</sup> *Idem*, cit., p. 266 e 289.

<sup>1211</sup> MICHEL ROSENFELD, *The identity...*, cit., p. 221 ss.

<sup>1212</sup> Quanto a Portugal, veja-se o art. 15.º da CRP, a que nos referiremos mais detalhadamente *infra*, quando tratarmos da inclusividade constitucional.



justamente é invocado para delimitar a titularidade de direitos políticos aos detentores da cidadania assenta no pressuposto de uma população estática e fixa e, por conseguinte, não espelha a realidade<sup>1213</sup>, correndo o risco de motivar exclusões antidemocráticas. Com efeito, a imigração introduz um “desvio” à inclusividade democrática na vertente representativa, segundo a qual aqueles a quem uma medida – *maxime*, a lei - se aplica devem ter algo a dizer na sua feitura e aprovação, designadamente através da eleição dos seus representantes – o que não acontece, em geral, com os imigrantes, em virtude da reserva (constitucional e/ou legal) de direitos políticos aos nacionais. Acresce que, concebendo-se o direito de voto como “dimensão concretizadora da dignidade da pessoa humana”<sup>1214</sup>, a exclusão da titularidade do direito de voto a pessoas com um interesse efetivo na governação da *res publica* não pode deixar de ser discutida no contexto de uma “tutela de mínimos” imposta pelo referido princípio constitucional.

Como nota CRISTINA RODRÍGUEZ<sup>1215</sup>, a questão pode não parecer de grande monta para residentes de curta duração, mas o mesmo não pode dizer-se para residentes de longa duração. Esta questão, que é uma dimensão da integração e não uma alternativa, pode resolver-se, em abstrato, de duas formas: pela concessão de direitos políticos a não nacionais<sup>1216</sup>, ou pelo alargamento do acesso à cidadania<sup>1217</sup>. Em extrema síntese, na Europa podemos identificar simultaneamente uma forte pressão no sentido da eliminação dos obstáculos de acesso à nacionalidade, a par de uma tendência restritiva da generalidade das legislações europeias<sup>1218</sup>. Um aspecto importante do regime de acesso à cidadania é a possibilidade de *dupla cidadania*, que

---

<sup>1213</sup> AYELET SHACHAR, *The birthright...*, cit., p. 134 ss.

<sup>1214</sup> Sobre a questão, Acórdão do *BVerfG* sobre o Tratado de Lisboa, BVerfGE 2 BvE 2/08.

<sup>1215</sup> CRISTINA M. RODRIGUEZ, “Noncitizen voting and the extraconstitutional construction of the polity”, in *ICON*, vol. 8, n.º 1, 2010, p. 30- 49.

<sup>1216</sup> A extensão de direitos de voto aos residentes (exigindo normalmente um determinado número de anos de permanência) é, aliás, uma figura comum, podendo ir do reconhecimento do direito de voto em todas as eleições (Nova Zelândia) ao direito de voto em eleições locais (Portugal) – sobre a questão, CRISTINA M. RODRIGUEZ, “Noncitizen...”, cit., p. 33 ss. Em Portugal, desde a Revisão Constitucional de 1982 que são reconhecidos direitos de voto nas eleições locais a estrangeiros.

<sup>1217</sup> *Vd.*, entre nós, CLAIRE HEALY, *Cidadania Portuguesa: a nova Lei da Nacionalidade de 2006*, Lisboa, ACIDI, 2011, disponível em [www.oi.acidi.gov.pt](http://www.oi.acidi.gov.pt).

<sup>1218</sup> Sobre a relação entre cidadania, identidade e integração, dando conta da transformação na cidadania nas dimensões de *status*, direitos e identidade, CHRISTIAN JOPKE, “Transformation of Citizenship: Status, Rights, Identity”, in *CS*, vol. 11, n.º 1, 2007, p. 37 ss.

permite as múltiplas pertenças ou identidades, o que de facto corresponde à forma como muitas pessoas experienciam o seu percurso de vida, favorecendo o acesso à cidadania e a integração<sup>1219</sup> e sendo, por conseguinte, contemplada nos índices de políticas multiculturais. Não existe todavia consenso, nem entre os investigadores, nem entre os Estados e as suas práticas e legislações, sobre se o acesso à cidadania, através da naturalização, deve ser o culminar do processo de integração ou um passo para a integração<sup>1220</sup>.

A reivindicação de um alargamento da participação dos imigrantes no governo da *res publica* tem por pano de fundo a deslocação das questões da pertença dos critérios do sangue ou do solo para outros, destinados a traduzir uma proximidade real entre o estrangeiro e o país em que desenrola a sua vida e, mesmo, a conferir maior relevância ao elemento da vontade. Vejam-se, assim, as rearticulações da cidadania em torno dos conceitos de *ius domicilii* e residência<sup>1221</sup>, de interesse efetivo na participação (e.g. a “*stakeholder citizenship*” proposta por RAINER BAUBOCK) ou da proximidade combinada com a autonomia da vontade (referimo-nos ao *ius nexi* de AYELET SHACHAR<sup>1222</sup>), a par de uma cidadania que é hoje cada vez mais pensada em termos plurais (cidadania cosmopolita, cidadania em camadas, cidadania multinível) – sem que, por sê-lo, deixe de fazer sentido sustentar a sua demarcação também, e primeiramente, em termos nacionais<sup>1223</sup>.

Finalmente, a “cidadania multicultural” parcialmente diferenciada – aludimos aqui à combinação entre dimensões de igualdade e dimensões de diferença – impõe

---

<sup>1219</sup> Há estudos que apontam para a importância que as pessoas conferem à dupla cidadania, vd. CLAIRE HEALY, *Cidadania Portuguesa...*, cit.

<sup>1220</sup> Sobre a questão, por todos, CLAIRE HEALY, *Cidadania Portuguesa...*, cit., p. 139 ss.

<sup>1221</sup> RUTH RUBIO-MARÍN, *Immigration as a Democratic Challenge - Citizenship and Inclusion in Germany and United States*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000, *passim*, *maxime* 99 ss., discute e defende a inclusão, nas democracias constitucionais ocidentais, dos estrangeiros residentes permanentes (aí incluídos os imigrantes ilegais), superando a dicotomia pertença social/pertença política que resulta da ausência de cidadania, propondo duas vias de concretização, quais sejam a extensão de direitos, *inclusive* políticos, aos imigrantes, equiparando-os aos cidadãos, e a aquisição de cidadania automática e incondicionada (não exigindo nenhum tipo de assimilação cultural, reconhecimento de competências ou renúncia à cidadania anterior), decorrido um certo período de tempo.

<sup>1222</sup> AYELET SHACHAR, *The birthright...*, cit., p. 164 ss. O *ius nexi* exige uma “correlação mais próxima entre voz democrática, pertença de facto e título de cidadania”, ob. cit., p. 181.

<sup>1223</sup> Assim, AYELET SHACHAR, *The birthright...*, cit., p. 164 ss. Também a solução proposta por Ruth RUBIO-MARÍN, *Immigration...*, cit., p. 104, assenta na valorização da cidadania estadual e do Estado como instância de proteção das liberdades.

ainda uma referência ao pluralismo jurídico<sup>1224</sup>. Mesmo sem sustentar que o Estado tenha a obrigação, não apenas de respeitar outros ordenamentos jurídicos, mas de contribuir para a sua sobrevivência, pode questionar-se se a relevância atribuída à autodeterminação cultural de cada um (de se identificar em termos culturais, portanto) pode exigir o reconhecimento de outros ordenamentos jurídicos, fora do âmbito tradicional do Direito Internacional Privado (cfr. *infra*)<sup>1225</sup>. Referimo-nos à crescente reivindicação da aplicação de sistemas jurídicos de base cultural e religiosa no interior dos Estados europeus e, em especial, da *Sharia*<sup>1226</sup>. A percepção da existência “sociedades segregadas”, “enclaves étnicos e religiosos” e comunidades que se assumem e se organizam (em maior ou menor grau) como tal, operando de acordo com as suas próprias normas jurídicas, especialmente em matérias relativas às relações familiares, conduz à imagem de comunidades de origem migrante que se organizam, informalmente, nos países da diáspora, segundo as regras jurídicas das suas comunidades de origem<sup>1227</sup> o que suscita a questão de saber se esta “privatização” da diversidade (SHACHAR) não deveria ser contrabalançada por mecanismos de reconhecimento público<sup>1228</sup>. A mobilização de argumentos favoráveis de desfavoráveis à admissibilidade de tais “continuidades pos-coloniais”, como lhes

---

<sup>1224</sup> Seguindo a definição proposta por ANDREA BÜCHLER, *Islamic...*, cit., p. 73, tomemos pluralismo jurídico enquanto “dimensão normativa das estruturas plurais sociais”, descrevendo a presença num campo social de mais do que uma ordem jurídica e a forma como se articulam entre si, “pluralidade ou multiplicidade de normas no seio de uma ordem jurídica” ou sobreposição de normas que coincidem na mesma esfera social e se sobrepõem na aplicação aos mesmos assuntos, pessoas e territórios.

<sup>1225</sup> ANDREA BÜCHLER, *Islamic...*, cit., p. 18 ss. e p. 33 ss.

<sup>1226</sup> Sobre a questão, do prisma do direito da família, ANDREA BÜCHLER, *Islamic...*, cit., p. 73 ss.

<sup>1227</sup> ANDREA BÜCHLER, *Islamic...*, cit., p. 73.

<sup>1228</sup> VEIT BADER, “Legal Pluralism and Differentiated Morality: Shari’a in Ontário?”, in RALPH GRILLO/ ROGER BALLARD/ALESSANDRO FERRARI/ANDRÉ HOEKEMA/MARCEL MAUSSEN/PRAKASH SHAH (eds.), *Legal Practice and Cultural Diversity*, Farnham, Ashgate, 2009, reimp. 2011, p. 49 ss., p. 50-1, distingue quatro ordens ou regimes jurídicos analiticamente diferentes mas sobreponíveis, relevantes para comparação normativa: práticas informais de direito e jurisdição comunitária/religiosa, práticas formalizadas ou institucionalizadas de direito e jurisdição comunitária/religiosa, direito e jurisdição comunitária/religiosa nas matérias do casamento e divórcio que explicitamente exigem reconhecimento jurídico e apoio pelo direito do estado, e imposição exclusiva do assim chamado direito estadual “secular” e da jurisdição “civil”.

chama BÜCHLER<sup>1229</sup> demonstra que o pluralismo jurídico não está, naturalmente, isento do ónus de avaliação crítica<sup>1230</sup>.

#### 4. Notas para um balanço da gestão da multiculturalidade

A partir da década de 90 do século XX, as políticas multiculturalistas – que haviam gozado, a partir da década de 70, de reconhecimento crescente ao nível interno e internacional - começaram a ser socialmente contestadas um pouco por todo o lado, do Canadá e dos EUA à Europa<sup>1231</sup>, sugerindo que não beneficiavam, junto da opinião pública, do mesmo favor que colhiam nos meios intelectuais e académicos. As políticas multiculturalistas foram acusadas de contribuir para acentuar as clivagens comunitárias e a intolerância, de ameaçar o ‘modo de vida’ da maioria, de ter falhado as promessas de desenvolvimento e autonomia individuais e de dignidade e igualdade universais, de comprometerem a coesão social e a viabilidade do Estado Social<sup>1232</sup> e de serem incapazes de alcançar a justiça social<sup>1233</sup>. Esta última objeção retoma a distinção, já vista, entre diversidade cultural e injustiça social, e a sugestão de que as lutas pela identidade cultural são afinal lutas contra a opressão social, no contexto mais geral do desenvolvimento – e enfraquecimento - do Estado Social<sup>1234</sup>.

O ‘declínio do multiculturalismo’, associado a causas internas e a questões internacionais (entre as quais se apontam o terrorismo e o falhanço do processo de paz no Médio Oriente), e em cuja ‘narrativa’ os acontecimentos de 11 de setembro de 2001 desempenharam um papel não despidendo<sup>1235</sup>, tornaram-no “o bode expiatório

---

<sup>1229</sup> ANDREA BÜCHLER, *Islamic...*, cit., p. 84.

<sup>1230</sup> Para uma discussão, ANDREA BÜCHLER, *Islamic...*, cit., p. 84 ss.

<sup>1231</sup> Mapeando e identificando os sinais deste recuo (reforço da componente identitária e linguística na integração, recuo das políticas de imigração e de cidadania, etc.) em diversos países, ANNE PHILLIPS, *Multiculturalism...*, cit., p. 5 e segs. e CHRISTIAN JOPPKE, “The retreat of multiculturalism in the liberal state: theory and policy”, in *BJS*, vol. 55, 2, 2004, p. 237 ss.

<sup>1232</sup> Sobre a questão, KEITH BANTING/ RICHARD JOHNSTON/ WILL KYMLICKA/ STUART SOROKA, “Do multiculturalism...”, cit. Entre nós, JOÃO LOUREIRO, *Adeus...*, cit., p. 56 ss.

<sup>1233</sup> Seguimos de perto a síntese dos ‘sintomas’ de desconforto que fazem MILENA DOYTCHÉVA, *Le multiculturalisme*, cit., p. 104 ss., WILL KYMLICKA, *Multiculturalism: Success...*, cit., p. 3 ss., e TARIQ MODOOD, *Multiculturalism...*, cit., p. 10 ss.

<sup>1234</sup> Entre nós, sobre a questão, vd. JOÃO CAUPERS, “A agonia do Estado Social”, intervenção no I Encontro de Professores de Direito Público (2008), publicada na *RFDUP*, Ano VII (Especial), 2010, p. 45 ss.

<sup>1235</sup> ANNE PHILLIPS, *Multiculturalism...*, cit., p. 5.

de uma série extraordinária de males políticos e sociais, uma abordagem supostamente errada da diversidade cultural que encorajava os maridos a espancar as suas mulheres, os pais a abusar das crianças e as comunidades a explodir em violência racial”<sup>1236</sup>. Neste mau-estar com as políticas multiculturalistas, assume importância considerável a associação (apressada) entre religião, imigração e práticas iliberais, designadamente a propósito da integração política dos muçumanos<sup>1237</sup>. A culminar este ‘ressentimento’ contra as políticas multiculturalistas, alguns líderes europeus proclamaram em 2011 o “falhanço do multiculturalismo”.

Anunciou-se, por conseguinte, um recuo nas políticas multiculturalistas e verificou-se uma reafirmação das ideias de construção da Nação, valores comuns e identidade, unidade da cidadania ou cidadania partilhada<sup>1238</sup>, das políticas de integração cívica<sup>1239</sup>, coesão social ou, mesmo, de um ‘retorno da assimilação’<sup>1240</sup>. Esta nova abordagem é muitas vezes designada como *pós-multiculturalismo*, visando “ultrapassar os limites de um multiculturalismo *näif* ou equivocado” e simultaneamente evitar a “reafirmação opressiva das ideologias nacionalistas homogeneizadoras”<sup>1241</sup> – mas alimenta-se de, e alimenta, importantes ‘mitos’ sobre o multiculturalismo e a realidade das políticas multiculturais<sup>1242</sup>. A “narrativa generalizada” acerca da “ascensão e queda” do multiculturalismo e da passagem à era pós-multicultural, aparentemente consensual entre académicos, jornalistas e decisores sociais, é acusada de obscurecer mais do que revela, subvalorizando o dado

---

<sup>1236</sup> *Idem*, cit., p. 3.

<sup>1237</sup> Salientando esta dimensão, TARIQ MODOOD, *Multiculturalism...*, cit., *passim*.

<sup>1238</sup> YASMIN ALIBHAI-BROWN, “After Multiculturalism”, in *PQ*, vol. 72, n.º 1 (suplemento), 2001, p. 47 ss.

<sup>1239</sup> Dando conta do seu reforço, WILL KYMLICKA, *Multiculturalism: Success...* cit., p. 15 ss.

<sup>1240</sup> WILL KYMLICKA, *Multiculturalism: Success...* cit., p. 3 ss. Na Europa, CHRISTIAN JOPPKE, “The retreat...”, cit., p. 249, registou a mudança do multiculturalismo para a integração cívica. Mais recentemente, *vd.* CHRISTIAN JOPPKE, *The Role of the State in Cultural Integration: Trends, Challenges, and Ways Ahead*, Washington, DC, Migration Policy Institute, 2012, disponível em [www.migrationpolicy.org](http://www.migrationpolicy.org), p. 2 ss. KYMLICKA e JOPKE apresentam, com efeito, duas versões diferentes do ‘recuo’ do multiculturalismo, e é para essa discussão que remetemos.

<sup>1241</sup> WILL KYMLICKA, *Multiculturalism: Success...* cit., p. 4.

<sup>1242</sup> Mitos “poderosos” acerca do multiculturalismo que são o do multiculturalismo como “celebração acrítica da diversidade”, cego a graves problemas sociais associados à exclusão social, o do recuo generalizado do multiculturalismo, o do falhanço do multiculturalismo e o de que a generalização das políticas de integração cívica substituiu o multiculturalismo ou tornou-o obsoleto WILL KYMLICKA, *Multiculturalism: Success...*, cit., p. 21.

fundamental de que os sucessos e insucessos do multiculturalismo e o seu nível de aceitação pública variam consoante os aspectos concretos em causa e os países<sup>1243</sup>.

No centro da discussão sobre o ‘recuo do multiculturalismo’, mais que uma oposição generalizada às políticas de acomodação da diversidade cultural, estão precisamente as políticas multiculturalistas dirigidas aos imigrantes<sup>1244</sup> mas, ainda aí, sem poder afirmar-se generalizadamente um ‘recuo’, dada a realidade díspar dos diferentes países e o facto de o descrédito do multiculturalismo estar, aparentemente, mais relacionado com a forma de ver a imigração – *id est*, as atitudes perante a imigração ilegal, as práticas culturais iliberais e a contribuição económica dos imigrantes - que com a bondade da opção multicultural e de proteção da diversidade cultural em si<sup>1245</sup>.

Ora, não é inequívoca a relação entre medidas destinadas a acomodar a diversidade etnocultural e a coesão social e a sustentabilidade do Estado Social, sendo certo que a análise multifatorial da relação entre políticas multiculturalistas e redistribuição social confirma que os medos do impacto das políticas multiculturalistas no *welfare state* são exagerados e que a sua adoção pode, em algumas circunstâncias, reforçar o Estado Providência<sup>1246</sup>. Por outro lado, nota Shachar, a “abordagem securitária” das relações etnoraciais não pode ser confundida com multiculturalismo ou reconhecimento da diversidade cultural, uma vez que do

---

<sup>1243</sup> WILL KYMLICKA, *Multiculturalism: Success...* cit., p. 2.

<sup>1244</sup> Não podendo, por conseguinte, afirmar-se *em geral* o recuo do reconhecimento público e acomodação da diversidade etnocultural, que se teria reforçado em certos domínios (v.g., minorias nacionais), mas de um recuo apenas num domínio da diversidade etnocultural, o da imigração.

<sup>1245</sup> Assim, WILL KYMLICKA, “The new debate ...”, cit., p. 49 ss.

<sup>1246</sup> O debate sobre o impacto da diversidade no *Welfare State* desdobra-se, na realidade, em dois debates separados, mas ligados entre si, remetendo-se aqui para a análise de KEITH BANTING/ RICHARD JOHNSTON/ WILL KYMLICKA/ STUART SOROKA, “Do multiculturalism...” cit., p. 49 ss. Com efeito, numa versão receia-se que a diversidade etnolinguística ou racial por si só enfraqueça o *welfare state*, comprometendo a possibilidade de entretecer sentimentos de confiança e solidariedade através de argumentos étnicos e raciais (hipótese do “*trade-off*” heterogeneidade/redistribuição, nos termos da qual quanto maior a percentagem da população correspondente a minorias étnicas/raciais, mais difícil é construir ou sustentar um Estado social robusto). Noutra versão, receia-se que a adoção de políticas multiculturais gere dinâmicas políticas que inadvertidamente minem o Estado Social nas democracias ocidentais (hipótese do “*trade-off*” reconhecimento/redistribuição, nos termos da qual quanto mais um país abraça a política de reconhecimento étnico multicultural através de políticas multiculturalistas, mais difícil é manter uma política de redistribuição económica através do Estado social).

que se trata aí não é de discutir a acomodação da diversidade cultural e a organização mais igualitária das relações sociais, mas colocar sob escrutínio aqueles que se apresentam como “demasiado diferentes” ou cuja lealdade à nação e aos seus princípios morais permanece sob dúvida <sup>1247</sup>.

É, por conseguinte, fundamental determinar a que se refere a ‘crise’ do multiculturalismo. Certamente que não se referirá a expressão à multiculturalidade como um dado social (a sociedade multicultural não falha<sup>1248</sup>), mas antes, e possivelmente, aos diversos ‘modelos’ de gestão da diversidade cultural (mas, aí, sendo fundamental identificar os aspectos concretos em causa), discutivelmente quanto ao multiculturalismo como voto de confiança na convivência intercultural, porquanto diversos indicadores revelam que as formas de integração multicultural não deixaram de ser uma opção para as democracias ocidentais<sup>1249</sup>. Assim, o que estará em causa não é o multiculturalismo em geral, mas certa ou certas versões concretas que assumiu – ou, de outra perspetiva, a retórica, mas não as políticas multiculturalistas<sup>1250</sup>. O multiculturalismo continua, por conseguinte, a ser uma ‘opção viável’, repensado como prossecução de novas relações de cidadania democrática, inspirada e limitada por ideais de direitos humanos, compatível com algumas (não todas) políticas de integração cívica, as “possibilitadoras”, sendo que a combinação entre ambas é, não só possível, como mesmo desejável (normativa e empiricamente) em alguns casos<sup>1251</sup>.

É, por conseguinte, importante distinguir a ‘opção’ por uma integração multicultural ‘repensada’<sup>1252</sup> e políticas multiculturalistas concretas, estas mais ou menos bem-sucedidas nos seus objetivos em função de várias “condições

---

<sup>1247</sup> AYELET SHACHAR, “Religion...”, cit., p. 84.

<sup>1248</sup> Sobre a questão, *vd.* Rui Tavares, “O multiculturalismo falhou?”, crónica de 17 /08/2011 no jornal *Público*, escrevendo “Se porventura o multiculturalismo falhou, então o antimulticulturalismo nem chegou a estar perto de acertar. Ou começa por negar a realidade, ou recusa explicar o que fazer com essa realidade”.

<sup>1249</sup> Assim, WILL KYMLICKA, “The new debate...”, cit., p. 49 ss. e *Multiculturalism: Success...*, cit., p. 18-19.

<sup>1250</sup> WILL KYMLICKA, *Multiculturalism: Success...* cit., p. 19.

<sup>1251</sup> Assim, WILL KYMLICKA, *Multiculturalism: Success...* cit., p. 15 ss.

<sup>1252</sup> De facto, e porventura, do que se trata é, bem mais propriamente, de “reconstruir” ou de “repensar” os termos da discussão, como lembra MICHEL WIEVIORKA, “Le multiculturalisme...”, cit.

facilitadoras” normativas e contextuais<sup>1253</sup>. Quando estas condições facilitadoras se verificam, o multiculturalismo tende a ser visto como uma ‘opção de baixo risco’; caso contrário, quando os imigrantes são vistos como ilegais, portadores potenciais de práticas iliberais e um peso para o sistema social, perde apoio e surge como opção de alto risco. Pode todavia sustentar-se, seguindo KYMLICKA, que é precisamente nestas situações que a rejeição do multiculturalismo imigrante surge como opção de alto risco, pois é então que é, provavelmente, mais necessária uma (qualquer) forma de multiculturalismo liberal<sup>1254</sup>.

Por conseguinte, cabe ao debate multiculturalista o desafio de incorporar a dimensão do risco na sua complexidade, evoluindo para o reconhecimento mais completo dos riscos morais e prudenciais envolvidos na adoção e rejeição de políticas multiculturalistas, e de como serão geridos. Tudo dependerá de os cidadãos poderem ser persuadidos de que os benefícios do multiculturalismo ultrapassam os riscos, e que o Estado é capaz de gerir estes últimos<sup>1255</sup>.

Esta avaliação é, certamente, mais complexa em momentos de escassez económica, nos quais quer a esfera da distribuição quer a da identidade enfrentam problemas que se agigantam mutuamente - contexto esse, precisamente, em que a construção de uma ordem constitucional justa e viável requer “simultaneamente uma regulação constitucional e extra constitucional de questões relacionadas com a distribuição e com a política de identidade bem como uma condução construtiva da relação entre ambas”<sup>1256</sup>. Em todo o caso, o multiculturalismo, reformulado, é parte da solução, não do problema<sup>1257</sup>.

---

<sup>1253</sup> A saber, “(de)securitização” das relações étnicas, compromisso partilhado com os direitos humanos entre maioria e minorias, controlo fronteiriço (o multiculturalismo é mais controverso quando os cidadãos têm a perceção das suas fronteiras como inseguras que como seguras), diversidade de grupos imigrantes (o multiculturalismo funciona melhor quando é *multi*) e contributo económico (o apoio ao multiculturalismo varia consoante a perceção do contributo dos imigrantes, especialmente económico, para a sociedade), *vd.* WILL KYMLICKA, *Multiculturalism: Success...*, cit., p. 2.

<sup>1254</sup> WILL KYMLICKA, “The new debate...” cit., p.59 e *Multiculturalism: Success...* cit., p. 2.

<sup>1255</sup> WILL KYMLICKA, “The new debate...” cit., p.59 e *Multiculturalism: Success...* cit., p. 2. Entre nós, MARIA DA GLÓRIA PINTO GARCIA, *Estudos...*, cit., p. 27 ss.

<sup>1256</sup> MICHEL ROSENFELD, “Editorial...” cit..

<sup>1257</sup> TARIQ MODOOD, *Multiculturalism...*, cit., p. 154.



## CAPÍTULO III – A proposta intercultural

### 1. Da crítica ao multiculturalismo à justiça intercultural

A análise que temos vindo a desenvolver permitiu-nos identificar, na reflexão teórica e na prática multiculturalista, uma orientação destinada ao reconhecimento da relevância normativa e da necessidade de proteção das culturas acusada de promover um multiculturalismo antipluralista, ‘balcanizador’, perigoso para a coesão social e para a igualdade e dignidade humanas e potencialmente ‘autofágico’<sup>1258</sup>. Nesta sua versão separatista ou ‘forte’, o multiculturalismo parecer ter, de facto, pouco a oferecer. Partindo destas insuficiências, cumpre explorar uma outra via, que se inscreve ainda na perspetiva multicultural *lato sensu*, dando por adquirida a relevância da cultura e das pertenças culturais, mas explora a possibilidade de diálogo entre pessoas e grupos com conceções culturalmente diversificadas. É esta centralidade conferida ao diálogo entre culturas como premissa fundamental que é a marca distintiva do interculturalismo perante o multiculturalismo e justifica, por conseguinte, a preferência terminológica. O diálogo entre culturas revela uma perspetiva aberta e inclusiva, convidando as culturas ao reconhecimento da incompletude recíproca<sup>1259</sup> e à abertura a contribuições (fecundações) mútuas<sup>1260</sup>.

Se partirmos (como fizemos *supra*, na Parte I) da afirmação de que temos de reconhecer como *facto* um pluralismo de valores e devemos reconhecer, de um ponto de vista *normativo*, um (certo) pluralismo de valores, teremos de concluir pela necessidade de nos centramos precisamente nas escolhas e nos processos pelos quais elas têm lugar, descansados pelos argumento de GALSTON de que é importante não “dramatizar excessivamente” as escolhas que decorrem da heterogeneidade de valores<sup>1261</sup> ou pela constatação de PHILLIPS de que os conflitos verdadeiros e

---

<sup>1258</sup> Expressiva expressão que colhemos em BRUNO GALINDO, “Constituição e diversidade cultural: em busca de uma teoria intercultural”, in *RBDC*, n.º 6, 2005, p. 468 ss., p.471. Desenvolvidamente, GIOVANNI SARTORI, *La sociedad...*, cit., *passim*.

<sup>1259</sup> O reconhecimento de incompletudes mútuas é condição *sine qua non* de um diálogo intercultural, *vd.* BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS, “Por uma conceção...”, cit., p. 344.

<sup>1260</sup> BRUNO GALINDO, “Constituição...”, cit., p.471-472. Sobre o diálogo intercultural como comunicação e fecundação mútua, RAIMON PANIKKAR, “La interpelación...”, cit., p. 73 a 76.

<sup>1261</sup> WILLIAM GALSTON, “O pluralismo...”, cit., p. 31: os valores admitem gradações; o pluralismo de valores não exclui a possibilidade de discussões validas para se obterem

profundos de valores são raros<sup>1262</sup>. A perspectiva intercultural de resposta normativa à multiculturalidade é expressão de um pluralismo aberto à expressão da diferença mas, igualmente, de valores comuns possibilitadores da convivência e situa-se, por conseguinte, a meio caminho entre liberalismo e comunitarismo, como nota GARRIDO GÓMEZ<sup>1263</sup>. Trata-se, por conseguinte, de um pluralismo como *unitas multiplex*, que reconhece a articulação entre um princípio de homogeneização e um princípio de heterogeneização<sup>1264</sup>.

Este entendimento recebeu, de resto, consagração na *Convenção para a proteção e promoção da diversidade de expressões culturais* (2005)<sup>1265</sup>, instrumento que adota um posicionamento intercultural e estabelece que a *interculturalidade* se refere à “existência e interação equitativa de diversas culturas, assim como à possibilidade de geração de expressões culturais compartilhadas por meio do diálogo e respeito mútuo” (n.º 8 do art. 8.º).

Um ponto de partida poderão ser os contributos teóricos que, no quadro da discussão multiculturalista, desenvolvem modelos de diálogo - cultural, político e institucional- destinados a articular ‘formas de vida’ culturalmente diversas<sup>1266</sup>, “liberais” e “não liberais” (entre aspas, pelo necessidade de usar de cautela ao qualificar as culturas *in totum* de acordo com uma bitola tão limitada) dentro e fora dos limites do Estado (o que coloca a questão, no limite, da secessão), e que vimos referindo *paripassu*.

---

respostas certas em questões específicas; os valores fundamentais podem ser comparáveis apesar de não serem comensuráveis, e uma argumentação deliberativa pode fornecer razões para escolhas entre pretensões qualitativamente diferentes mesmo quando não existe medida comum de valor.

<sup>1262</sup> ANNE PHILLIPS, *Multiculturalism...*, cit., p. 65, afirmando que os valores são invocados para justificar tensões cujas causas lhes são estranhas, e exemplificando com o caso dos casamentos forçados.

<sup>1263</sup> MARIA ISABEL GARRIDO GÓMEZ, “El interculturalismo...”, cit., p. 119.

<sup>1264</sup> J. C. VIEIRA DE ANDRADE, “Grupos...”, cit., p. 137 e *supra*, Parte I, Cap. II.

<sup>1265</sup> Sobre esta, *vd.* JAN WOUTERS/MAARTEN VIDAL, “International normative action for cultural diversity: the contribution of UNESCO”, in MARIE-CLAIRE FOBLETS/JEAN-FRANÇOIS GAUDREAU/ALISON DUNDEES RENTELN, *Cultural Diversity and the Law. State Responses from Around the World*, Bruxelas, Bruylant, 2010, p. 779 ss.

<sup>1266</sup> Num contexto liberal ou porventura pós liberal (se entendermos que o liberalismo traduz uma das configurações possíveis que uma sociedade pode assumir e expressa, por isso, também “uma cultura”. Sobre a questão, cf. *supra* o que escrevemos sobre o pluralismo.

Podemos aqui situar a proposta de BIRKHU PAREKH de uma abertura a um diálogo intercultural partindo dos princípios constitucionais, legais e cívicos de uma determinada sociedade, mas submetendo-os a discussão, crítica e valoração<sup>1267</sup>, ou o constitucionalismo pactício de JAMES TULLY, realizado através de um diálogo intercultural no qual os cidadãos soberanos negociam acordos submetendo-se aos critérios normativos do mútuo reconhecimento, do consentimento e da continuidade<sup>1268</sup>. Podemos igualmente referir a perspetiva de BENHABIB no sentido de um diálogo intercultural construído com recurso à democracia deliberativa no seio de uma determinada “tradição constitucional”<sup>1269</sup> ou, numa escala mais ampla, a *global*, a “hermenêutica diatópica”<sup>1270</sup> articulada por BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS, “prática de interpretação e de tradução entre culturas através da qual se amplia a consciência da incompletude de cada cultura envolvida no diálogo e se cria a disponibilidade para a construção de formas híbridas de dignidade humana mais ricas e mais amplamente partilhadas” da qual resulta um conhecimento coletivo, interativo, intersubjetivo e reticular<sup>1271</sup>. Ainda nesta linha que designamos de “preocupação pelas condições da coexistência”, podemos igualmente referir como modelo de

---

<sup>1267</sup> BIRKHU PAREKH, *Repensando...*, cit., p. 389 ss.

<sup>1268</sup> JAMES TULLY, *Strange...*, cit., p. 389 ss. Para uma síntese e análise crítica da proposta do autor, vd. FRANCESCO BELVISI..., cit., p. 79 -104.

<sup>1269</sup> SEYLA BENHABIB, *Las reivindicaciones...*, cit., *passim*.

<sup>1270</sup> BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS/ JOÃO ARRISCADO NUNES, “Introdução...”, cit., p. 41.

<sup>1271</sup> *Idem*, cit., p. 41-42. Não obstante as condições para um multiculturalismo progressista variarem no espaço e no tempo, BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS, “Por uma conceção...”, cit., p. 350 ss., sustenta que devem ser aceites, pelos grupos e culturas interessados no diálogo intercultural, as seguintes orientações e imperativos: da completude à incompletude (“o objetivo central da hermenêutica diatópica consiste precisamente em fomentar auto reflexividade a respeito da incompletude cultural”); das versões culturais estreitas às versões amplas (as culturas são diversificadas no seu interior; “das diferentes versões de uma dada cultura, deve ser escolhida aquela que representa o círculo mais amplo de reciprocidade dentro dessa cultura, a versão que vai mais longe no reconhecimento do outro”); de tempos unilaterais a tempos partilhados (pertence a cada comunidade cultural decidir quando está pronta para o dialogo intercultural; o dialogo é reversível); de parceiros e temas unilateralmente impostos a parceiros e temas escolhidos por mútuo acordo (a hermenêutica diatópica deve centrar-se, não nos “mesmos” temas, mas nas preocupações isomórficas, nas perplexidades que apontam na mesma direção apesar de formulados em linguagens diferentes e quadros conceituais virtualmente incomensuráveis); da igualdade ou diferença à igualdade e diferença (o multiculturalismo progressista pressupõe que o princípio da igualdade seja prosseguido a par com o reconhecimento da diferença; a hermenêutica diatópica pressupõe a aceitação do seguinte imperativo transcultural: “as pessoas e os grupos sociais têm o direito a ser iguais quando a diferença os inferioriza, e o direito a ser diferentes quando a igualdade os descaracteriza”).

interculturalidade jurídico-institucionalmente concretizada a proposta de jurisdições multiculturais de AYELET SHACHAR<sup>1272</sup>, a que já aludimos.

O caráter dialógico das culturas, criadas e recriadas “a partir de diálogos complexos com outras culturas”<sup>1273</sup>, assume-se como contexto possibilitador da perspectiva intercultural, favorecida pela reformulação construtivista do conceito de cultura num sentido dinâmico, não essencialista ou reificado, mas suscetível de construção e reconstrução<sup>1274</sup>. A consideração das culturas humanas como “constantes criações, recriações e negociações de fronteiras imaginárias entre “nós” e o(s) “outro(s)”<sup>1275</sup>, *id est*, concebidas de forma complexa e realista como parcialmente sobrepostas, interativas e interdependentes enquanto produto de negociações seja internas seja externas<sup>1276</sup>, abre caminho à recusa de um multiculturalismo forte ou “multiculturalismo mosaico” em benefício de uma justiça intercultural<sup>1277</sup>.

Apela, igualmente, a uma ‘redefinição’ intercultural da constituição como “ato que sanciona o reconhecimento do pluralismo cultural e que regista as culturas que são capazes de se afirmar”, de acordo com a proposta de TULLY, e “forma de compromisso da diversidade cultural”<sup>1278</sup>. Mais que a um pacto ideal ou remoto, a constituição assemelha-se a uma “série infinita de contratos e acordos, alcançada através do periódico diálogo intercultural”, “no qual os cidadãos soberanos e culturalmente diversos da sociedade contemporânea negoceiam os acordos sobre a forma de associação que lhes interessa em conformidade com as três regras convencionais [num duplo sentido, como regras não escritas e como regras que permitem alcançar um pacto (*convention*) numa base dialógica], as do mútuo reconhecimento, do consenso e da continuidade cultural”<sup>1279</sup>. Uma constituição moderna pode assim reconhecer e incluir a “estranha multiplicidade” da diversidade

---

<sup>1272</sup> AYELET SHACHAR, *Multicultural...*, cit., *passim*.

<sup>1273</sup> SEYLA BENHABIB, *Las reivindicaciones...*, cit., p. 10.

<sup>1274</sup> Sobre a crítica das ciências sociais, *vd.* o que escrevemos *supra*.

<sup>1275</sup> SEYLA BENHABIB, *Las reivindicaciones...*, cit., p. 33.

<sup>1276</sup> Tal como salientado por TULLY (veja-se a discussão em FRANCESCO BELVISI, “Società...”, cit., p. 91) e por BHIKHU PAREKH, *Repensando...*, cit., p. 493-494.

<sup>1277</sup> SEYLA BENHABIB, *Las reivindicaciones...*, cit., p. 33-34.

<sup>1278</sup> FRANCESCO BELVISI, “Società...”, cit., p. 92.

<sup>1279</sup> *Idem*, cit., 92.

cultural, recuperando o seu potencial emancipatório, de libertação contra o imperialismo, e deixando de ser, ela mesma, um instrumento de imperialismo.

Em sentido convergente, a perspectiva multicultural dialógica de PAREKH, que este apelida de “perspetiva sobre a vida humana”, surge, nas suas palavras, da interação criativa de três ideias complementares, a saber, a imersão cultural dos seres humanos, a inevitabilidade e desejabilidade da diversidade cultural e do diálogo intercultural e a pluralidade interna de cada cultura<sup>1280</sup>, num universalismo pluralista nos termos do qual a procura e a reafirmação de valores resulta de diálogos entre culturas enquadrados por valores públicos operativos (constitucionais, legais, e cívicos)<sup>1281</sup>. Deste diálogo se espera que resulte um estreitamento de vínculos e a criação de um corpo de princípios, instituições e políticas coletivamente aceitáveis. Ele exige, porém, o cumprimento de certas *condições institucionais prévias* (como a existência de liberdade de expressão, consenso sobre os procedimentos básicos e normas éticas a seguir, espaços públicos participativos, igualdade de direitos, autoridades com o dever de prestação e contas e cidadãos investidos de certos poderes) e de *virtude políticas essenciais* (respeito mútuo, tolerância, amor da diversidade, entre outros). O único compromisso fundamental da sociedade multicultural dialógica é com a cultura e com a moralidade do diálogo, sem privilegiar nenhuma perspectiva cultural, liberal ou outra<sup>1282</sup>. A sociedade multicultural de base dialógica possui uma noção forte de bem comum, mas entende que este não se alcança transcendendo as particularidades culturais ou outras, mas através do diálogo; o bem comum consiste no respeito por uma autoridade comum consensual, direitos fundamentais, manutenção da justiça, condições prévias institucionais e morais da democracia deliberativa, uma cultura plural e viva e um sentido de comunidade amplo<sup>1283</sup>. Porém, uma sociedade multicultural não pode ser estável e perdurar sem desenvolver um sentido comum de pertença entre os seus membros, que não pode ser de base étnica nem partir de características comuns culturais, étnicas ou de outro tipo, porque a sociedade multicultural é demasiado diversa para isso, mas ser de natureza política e basear-se num compromisso partilhado pela comunidade

---

<sup>1280</sup> BHIKHU PAREKH, *Repensando...*, cit., p. 494. Estes pressupostos são desenvolvidos nas p. 491 ss.

<sup>1281</sup> *Idem*, cit., p. 394 ss.

<sup>1282</sup> *Idem*, cit., p. 497.

<sup>1283</sup> *Idem*, cit., p. 497.

política, assente na lealdade à comunidade e na partilha de interesses e afetos comuns. Este compromisso tem uma natureza complexa, uma vez que existem profundos desacordos entre os membros da sociedade multicultural, mas em última análise identifica-se com um compromisso com a integridade, manutenção e bem-estar da comunidade política, ou seja, um patriotismo ou lealdade política<sup>1284</sup>. O compromisso (direitos) e o sentido de pertença (acolhimento) são recíprocos, *id est*, abrangem os indivíduos e a comunidade<sup>1285</sup>. As sociedades multiculturais devem assim conciliar unidade e diversidade e atingir a unidade política sem chegar à uniformidade cultural - “[d]evem ser inclusivas sem serem assimiladoras, cultivar entre os seus cidadãos um sentimento comum de pertença, respeitando por sua vez as legítimas diferenças culturais e respeitar as identidades culturais plurais sem debilitar a identidade partilhada e preciosa da cidadania”<sup>1286</sup>.

Finalmente, a abertura intercultural parece, não apenas compatibilizar-se com a democracia como pública argumentação<sup>1287</sup>, como exigí-la. O “estilo da vida política em democracia” oferece a oportunidade para uma discussão das nossas múltiplas afiliações, que não deverão ser tomadas como sectárias, e para “um mais amplo reconhecimento das identidades plurais que são próprias dos seres humanos”<sup>1288</sup> - o que sempre dependerá “dos nossos reais padrões de comportamento e do funcionamento das interações políticas e sociais”, e não de um “puro virtuosismo institucional”<sup>1289</sup>.

Das teorias deliberativas da democracia decorre um contributo para lidar com os ‘dilemas da cultura’. Tendo presente em pano de fundo o contributo de HABERMAS<sup>1290</sup>, abordagens como, entre outras, as de SEYLA BENHABIB<sup>1291</sup> e de

---

<sup>1284</sup> *Idem*, cit., p. 498-499.

<sup>1285</sup> *Idem*, cit., p. 500-502.

<sup>1286</sup> *Idem*, cit., p. 502.

<sup>1287</sup> AMARTYA SEN, *A ideia...*, cit., p. 429.

<sup>1288</sup> *Idem*, cit., p. 466.

<sup>1289</sup> *Idem*, cit., p. 467.

<sup>1290</sup> Revisitando HABERMAS, MÁRCIO RENAN HAMEL, “Direitos humanos e multiculturalismo: a democracia como forma de inclusão social”, in *DD*, Ano XIV n.º 26, 2006, p. 9 ss., explora as possibilidades da política deliberativa como meio para o diálogo entre culturas, com reconhecimento do multiculturalismo e respeito aos direitos humanos.

<sup>1291</sup> SEYLA BENHABIB, *Las reivindicaciones...*, cit., *passim*. A abordagem de raiz habermasiana de SEYLA BENHABIB ao multiculturalismo define-se pelos seguintes compromissos teóricos, afirmados a pgs. 46: teoria do discurso, constituição dialógica e

SARAH SONG<sup>1292</sup>, pensando a democracia deliberativa em contextos de multiculturalidade amparadas por uma redefinição construtivista da cultura em sentido intercultural<sup>1293</sup>, sustentam a abertura dos processos de decisão e as práticas deliberativas à participação daqueles que são por elas afetados<sup>1294</sup>, permitem uma inclusão mais efetiva das minorias culturais, designadamente pela articulação entre ‘esfera pública formal’ e ‘esfera pública informal’<sup>1295</sup>, ampliam a compreensão dos ‘conflitos culturais’ iluminando a dimensão de poder e de dominação<sup>1296</sup> e contribuem para o aprofundamento da compreensão intercultural<sup>1297</sup>, das “virtudes civis da cidadania democrática ao cultivar os hábitos mentais de raciocínio e intercâmbio públicos”<sup>1298</sup> e para a emergência de um sentimento de reciprocidade<sup>1299</sup>.

---

projeto aberto à ressignificação e uma conceção dos discursos como práticas deliberativas que não apenas se centram nas normas de ação e interação, mas também na negociação de interpretações situacionalmente partilhadas através de divisórias multiculturais. Aí adota (ob. cit., p. 179) um conceito deliberativo de democracia: “modelo para organizar o exercício público e coletivo do poder nas instituições mais importantes da sociedades, baseando-se no princípio de que as decisões que afetam o bem-estar de uma coletividade podem ver-se como o resultado de um procedimento de deliberação livre e fundamentada entre pessoas consideradas moral e politicamente iguais”.

<sup>1292</sup> SARAH SONG, *Justice...*, cit., p. 46 ss.

<sup>1293</sup> Sobre o conceito construtivista de cultura, cf. SEYLA BENHABIB, *Las reivindicaciones...*, cit., p. 28 ss. e SARAH SONG, *Justice...*, cit., p. 31 ss. Recorrendo à síntese desta última autora, o conceito construtivista de cultura assenta em quatro elementos, a saber: as culturas são o produto de processos históricos específicos e complexos, não entidades primordiais pré-fixadas; as culturas são internamente contestadas, negociadas e renegociadas pelos seus membros, por vezes motivados por interações com indivíduos externos ao grupo; as culturas não são isoladas mas frequentemente sobrepostas e interativas, interações estas acentuadas pelas migrações massivas; as culturas são resilientes, ou seja, os elementos da cultura estão articulados de forma flexível, pelo que a perda ou enfraquecimento de um traço não conduz necessariamente à sua extinção

<sup>1294</sup> Assim também, SARAH SONG, *Justice...*, cit., p. 68.

<sup>1295</sup> É na esfera pública situada na sociedade civil (na qual têm lugar as atividades e lutas políticas dos movimentos sociais, associações e grupos da sociedade civil) “que se produzem as lutas multiculturais, e é aí quem tem lugar a aprendizagem moral e política e as mudanças na valoração”, vd. SEYLA BENHABIB, *Las reinvidicaciones ...*, cit., p. 180-181. A importância que a dupla via concede à esfera pública política da sociedade civil permite dar relevância ao papel dos movimentos sociais de defesa dos mais vulneráveis, cujas ações “ampliam o significado dos direitos igualitários e convertem o que pareciam questões meramente privadas em questões de interesse coletivo”, SEYLA BENHABIB, *Las reinvidicaciones...*, cit., p. 200.

<sup>1296</sup> SARAH SONG, *Justice...*, cit., p. 74.

<sup>1297</sup> *Idem*, cit., p. 73-74.

<sup>1298</sup> SEYLA BENHABIB, *Las reinvidicaciones...*, cit., p. 194.

À igualdade democrática, sustenta BENHABIB, cabe “criar instituições imparciais na esfera pública e na sociedade civil nas quais a luta pelo reconhecimento das diferenças culturais e a disputa sobre os relatos culturais possam levar-se a cabo sem dominação”<sup>1300</sup>. O que torna a teoria da democracia deliberativa única e especialmente apta a lidar com os dilemas das sociedades multiculturais, escreve BENHABIB, “é a sua visão da interação entre os compromissos liberais e os direitos políticos, civis e humanos básicos, o processo devido e as lutas políticas democráticas na sociedade civil” e a importância que dá à discussão pública em sentido lato (*id est*, englobando a sociedade civil) dos dilemas multiculturais<sup>1301</sup>.

Destas propostas colhemos a abertura a um diálogo inclusivo mas, por essa mesma razão, pautado pela adesão a princípios normativos básicos pressupostos do diálogo, designadamente a exigência de tratamento como iguais (SONG)<sup>1302</sup>, os princípios do respeito moral universal e da reciprocidade igualitária<sup>1303</sup>, cruciais para a ética do discurso<sup>1304</sup>, ampliados pelos princípios normativos da reciprocidade igualitária, auto adscrição voluntária e liberdade de saída e associação, fundamentais

---

<sup>1299</sup> Considerando que a prática da negociação e da argumentação promovem a tolerância pelo encorajamento da reciprocidade e de um sentido mínimo de *fairness*, *vd.* RICHARD BELLAMY, “Toleration...”, *cit.*, p. 183.

<sup>1300</sup> SEYLA BENHABIB, *Las reivindicaciones...*, *cit.*, p. 34.

<sup>1301</sup> *Idem*, *cit.*, p. 193 e p. 194 ss.

<sup>1302</sup> SARAH SONG, *Justice...*, *cit.*, p. 69-70, exige que os cidadãos se reconheçam intersubjetivamente como livres e iguais: “livres na medida em que reconhecem que nenhuma visão compreensiva religiosa ou ética define a condição de participação ou autorização do exercício de poder político, e igual na medida em que se reconhecem não apenas como formalmente iguais como detentores de uma posição igual no processo político mas também como substancialmente iguais na medida em que as suas hipóteses de contribuir e influenciar a deliberação são independentes da distribuição de recursos e poder existente”.

<sup>1303</sup> SEYLA BENHABIB, *Las reinvidicaciones...*, *cit.*, p. 181 ss. O modelo discursivo da ética fornece os princípios mais gerais e as intuições morais que subjazem às reivindicações de validade de um modelo deliberativo de democracia: “Os discursos práticos não são programas de ação para as instituições, mas podem ajudar a avaliar os arranjos institucionais existentes” (*ob. cit.*, p. 181). A premissa básica da ética do discurso, que Benhabib designa *meta norma*, afirma que “só são válidas as normas e os arranjos institucionais normativos que possam acordar-se entre todos os interessados, de acordo com situações de argumentação específicas chamadas discursos” (Habermas). Esta meta norma pressupõe os *princípios do respeito moral universal*, o qual exige que reconheçamos o direito de todos os seres capazes de fala e ação a participar na conversação moral, e da *reciprocidade igualitária*, o qual, interpretado nos limites da ética do discurso, estipula que no discurso cada um deveria ter o mesmo direito a diversos atos de fala, a iniciar novos temas de conversação e a pedir justificação para os pressupostos da conversação e afins (*ob. cit.*, p. 182-183).

<sup>1304</sup> *Idem*, *cit.*, p. 217.



para a convivência multicultural pluralista<sup>1305</sup> (BENHABIB), o mútuo reconhecimento (TULLY), ou igual respeito como exigência de um direito à justificação (FORST)<sup>1306</sup>.

A inclusividade como ‘abertura de razões’ remete-nos para a questão das restrições discursivas, ou seja, da delimitação do discurso estabelecida aprioristicamente<sup>1307</sup> por regras de evitação, regras de mordaza (“gag rules”), destinadas a deixar o que é controvertido, porque referido às nossas concepções de bem, fora do discurso político - e que, quanto a nós, beneficia da distinção entre “discussão pública” e “regulação pública” a que se refere HABERMAS, bem como de uma prática discursiva sem outras restrições que não a coerção do melhor argumento<sup>1308</sup>.

Assim, para SONG, ainda que a prática deliberativa pressuponha que os cidadãos envolvidos no diálogo tenham de apresentar-se razões mutuamente aceitáveis, tal não preclui o apelo a identidades particulares e tradições, visa antes que a deliberação seja o mais inclusiva possível, pedindo aos participantes (quer da cultura majoritária quer da cultura minoritária) que se limitem às razões que possam ser aceitáveis por outros, evitando “a cegueira à diversidade” que resulta de não percebermos que o nosso ponto de vista é apenas uma entre outras perspectivas razoáveis e, por conseguinte, incentivando a compreensão intercultural<sup>1309</sup>. Como sustenta BENHABIB, a dialética entre os “imperativos constitucionais” e a “política real do liberalismo político”<sup>1310</sup> revela que “só compreendemos os limites fundamentais de

---

<sup>1305</sup> *Idem*, cit., p. 215-216. A reciprocidade igualitária exige que “os membros de minorias culturais, religiosas, linguísticas e outras não devem ter direito a um grau menor de direitos civis, políticos, económicos e culturais que os membros da maioria, em virtude de pertencerem a essa maioria”; a auto adscrição voluntária significa que “pertença grupal de um indivíduo deve permitir a forma mais ampla de auto adscrição e autoidentificação”; a liberdade de saída e associação exige que a liberdade de sair do grupo de adscrição seja irrestrita, ainda que a saída possa ser acompanhada da perda de privilégios formais e informais, tendo o Estado democrático liberal o direito de intervir e regular os custos de saída formais de acordo com o princípio da igualdade entre cidadãos.

<sup>1306</sup> A interculturalidade como resposta normativa à realidade multicultural pressupõe a alteridade, a reciprocidade, a autonomia e a argumentação, na síntese de MARIA ISABEL GARRIDO GOMEZ, “El interculturalismo...”, cit., p. 119.

<sup>1307</sup> Sobre a questão, RICHARD BELLAMY, “Toleration...”, cit., p. 181, SEYLA BENHABIB, *Las reinvidicaciones...*, cit., p. 200, SARAH SONG, *Justice...*, cit., p. 71 ss. e JÜRGEN HABERMAS, “Política...”, cit., p. 387 ss.

<sup>1308</sup> *Vd.* o que se escreveu *supra*.

<sup>1309</sup> SARAH SONG, *Justice...*, cit., p. 73-74.

<sup>1310</sup> SEYLA BENHABIB, *Las reinvidicaciones...*, cit., p. 214.

todas as reivindicações de direitos dentro de uma tradição constitucional”, bem como que “o diálogo democrático” e a “hermenêutica jurídica” beneficiam com “o reposicionamento e a rearticulação de reivindicações de direitos nas esferas públicas das democracias liberais”<sup>1311</sup>.

Como vimos, a interculturalidade assenta num diálogo como forma de promover a coesão em torno de valores comuns, mas ela pressupõe igualmente um certo grau de “consenso mínimo” em torno de certos princípios, uma vez que o diálogo não surge do nada, antes tem lugar numa dada realidade histórica ou num dado contexto com estruturas materiais pré-definidas<sup>1312</sup>. Uma possibilidade é a de estabelecer dois níveis, o primeiro dos quais - o dos princípios inegociáveis - delimita o diálogo, que apenas pode ter lugar para além desse nível<sup>1313</sup>. Assim, GARRIDO GÓMEZ apela à proposta de GARZÓN VALDÉS de que as pretensões das minorias sejam avaliadas por referência a um núcleo (“*coto vedado*”) que garante a homogeneidade mínima, no qual se encontram os “direitos fundamentais não negociáveis como condição necessária da democracia representativa”, *id est*, sua “pauta de correção moral”, em relação aos quais se justifica plenamente uma atitude paternalista, sendo que apenas fora desta reserva terá lugar o dissenso, a negociação e a tolerância<sup>1314</sup>. Ressalva, porém, que considera tratar-se do modelo mais plausível sempre que não caia nem na assimilação nem no uniformismo, pelo que é necessário analisar em que medida a aceitação de princípios éticos universais equivale a adotar uma ‘visão ignorante’ das peculiaridades que caracterizam os diferentes grupos, discutir o que entender por homogeneidade social e estabelecer qual a relação entre homogeneidade social e especificidade cultural<sup>1315</sup>. Inclina-se, por conseguinte, para uma estratégia de

---

<sup>1311</sup> *Idem*, cit., p. 215.

<sup>1312</sup> MARIA ISABEL GARRIDO GÓMEZ, “El interculturalismo...”, cit., p. 119.

<sup>1313</sup> Assim também ANNE PHILLIPS, *Multiculturalism...*, cit., p. 165 ss.

<sup>1314</sup> ERNESTO GARZÓN VALDÉS, “El consenso democrático: fundamento y límites del papel de las minorías”, in *CEFD*, n.º 0, disponível em <http://www.uv.es/CEFD/0/Garzon.html>. As reações das minorias como dissenso apenas são ético-politicamente necessárias se e só se são expressão de alguma discriminação relevante, são uma reação à violação do princípio da maioria ou visam a ampliação dos direitos do núcleo vedado. São, por sua vez, ético-politicamente aceitáveis quando visam a ampliação da agenda de negociação e inadmissíveis quando procuram estabelecer situações de privilégio, quando pretendam substituir o ponto de vista moral por pontos de vista culturais, étnicos ou de género, e quando visem erigir-se em coletivos portadores de direitos morais.

<sup>1315</sup> MARIA ISABEL GARRIDO GÓMEZ, “El interculturalismo...”, cit., p. 120.

universalidade moderada (HÖFFE) ou universalidade sem uniformidade que preserve a função integradora dos direitos mas que a abra à dimensão humana antropológica da cultura<sup>1316</sup>.

Também PAREKH sustenta que o diálogo não tem lugar no vazio, pelo que partir de certos valores constitucionais, legais e cívicos que representam a cultura pública de um país, dão forma e substância a uma conceção de vida boa necessariamente vaga e constituem a estrutura moral primária da vida pública, e que designa de valores públicos operativos. Não são fixos nem insuscetíveis de crítica ou revisão, e constituem o ponto de partida para a análise das práticas minoritárias<sup>1317</sup>. Em sentido semelhante, SONG recorda a necessidade de princípios fundamentais que orientam normativamente o diálogo mas são, eles mesmo, parte de uma “conversação em curso” sobre como compreender e responder aos desafios da diversidade cultural, exigindo, por conseguinte, complementação pela necessidade de encontrar soluções particulares através de deliberação das partes afetadas em contextos particulares<sup>1318</sup>.

Parece inevitável a complementaridade entre uma densificação normativa prévia e abordagens contextuais, dada a inexistência de soluções gerais e abstratas, capazes de servir para todas as situações e todos os contextos, sem que no entanto tal redunde numa defesa do relativismo (exceto no que este tem de apelo à recusa do etnocentrismo), mas numa preferência por formas de pluralismo moderado ou compreensivo, constitucionalmente balizadas e politicamente concretizadas. Trata-se, por conseguinte, de determinar um bem público (constitucionalmente) estabelecido, não em abstrato, mas compreendido na sua componente *política* no quadro histórico de uma realidade concreta, na qual encontra os seus limites de possibilidade<sup>1319</sup>.

---

<sup>1316</sup> *Idem*, cit., p. 121 ss. e OTFRIED HÖFFE, *Derecho...*, cit., p. 134-140 e 184.

<sup>1317</sup> O debate em torno de uma prática minoritária não leva, apenas, em conta, a prática minoritária ou o modo de vida da cultura afetada, mas também o modo de vida da maioria. A prática minoritária é submetida a um controlo em três fases eventuais e sobrepostas, destinadas a apurar a sua conformidade com os valores públicos operativos da sociedade. Se a prática for moralmente inaceitável, devem prevalecer os valores públicos operativos da sociedade no seu conjunto, para evitar a desorientação moral e social que resultaria do seu abandono radical, e porque uma sociedade tem a obrigação de acomodar modos de vida minoritários, mas não à custa do seu modo de vida, BHIKHU PAREKH, *Repensando...*, cit., p. 394 ss.

<sup>1318</sup> SARAH SONG, *Justice...*, cit., p. 8 ss. E 68 ss. A deliberação é aqui entendida em sentido amplo, não se referindo apenas à que tem lugar nos *fora* oficiais, como parlamentos e tribunais, mas também nos *fora* informais da sociedade política.

<sup>1319</sup> J. C. VIEIRA DE ANDRADE, “Grupos...”, cit., p. 128 ss. e o que escrevemos *supra*, Parte I.

Com efeito, a crítica a um conceito essencialista e reificado de cultura contribui para clarificar a relação entre pluralismo de culturas e pluralismo de valores, tornando menos plausível uma versão de culturas que existem e evoluem isoladamente e cujos sistemas de valores evoluem separadamente e de formas distintas e únicas<sup>1320</sup>. Ou, retomando as palavras de ANNE PHILLIPS, “a ideia de que cada cultura implica as suas próprias e distintas normas de justiça, que praticamente não coincidem nem visam reconciliação entre si, só faz sentido se, primeiro, não tiver havido intercâmbio de pessoas e ideias e, segundo, não existir grande similitude na experiência humana que possa levar as pessoas em diferentes sociedades e culturas a formular princípios similares para regular a sua vida coletiva”<sup>1321</sup>.

Trata-se, por conseguinte, de propostas abertas a um diálogo intercultural ou a uma justiça intercultural e que conduzem a uma articulação entre ‘direitos’ e ‘democracia’<sup>1322</sup> - ou, de outra perspetiva, democracia e Constituição, ou Estado de Direito - representada pela exigência de observância, pela deliberação democrática, de requisitos substanciais mínimos de legitimidade substancial. Com efeito, a dimensão substancial e a dimensão procedimental parecem completar-se, no sentido em que, mesmo nos casos em que possamos estabelecer *a priori* um núcleo duro de valores que não podem ser postos em causa, esses mesmos valores e princípios serão, com probabilidade, objeto de divergência. E, assim sendo, a ideia de “encontros deliberativos”<sup>1323</sup> numa comunidade multicultural apresenta-se como especialmente promissora, permitindo a articulação entre a dimensão jurídica, designadamente jurídico-constitucional, com a dimensão *política* da luta democrática<sup>1324</sup>.

O diálogo intercultural apresenta-se assim como um caminho para a conciliação entre o universal – ou universalizável - e o particular<sup>1325</sup>. A construção de uma ‘universalidade possível’ com base no diálogo intercultural e na “hermenêutica

---

<sup>1320</sup> ANNE PHILLIPS, *Multiculturalism...*, cit., p. 33.

<sup>1321</sup> *Idem*, cit., p. 33.

<sup>1322</sup> Sobre a questão, SEYLA BENHABIB, *Las reivindicaciones...*, cit., p. 194 e 213.

<sup>1323</sup> ANTHONY SIMON LADEN, “Negotiation...”, cit., p. 198 ss.

<sup>1324</sup> Sobre a questão, *vd.* AYELET SHACHAR, “Religion...”, cit.

<sup>1325</sup> BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS, “Por uma conceção...”, cit., p. 340, sustentando que todas as culturas são relativas, mas o relativismo cultural como atitude filosófica é incorreto; todas as culturas aspiram a preocupações e valores válidos independentes do seu contexto de enunciação, mas o universalismo cultural, enquanto preocupação filosófica, é incorreto.

diatópica”<sup>1326</sup> orientada para um conhecimento coletivo, interativo, intersubjetivo e reticular<sup>1327</sup>, ou numa abordagem intercivilizacional <sup>1328</sup>, corresponde a um cosmopolitismo construído “de baixo para cima”, por oposição a um cosmopolitismo imposto “de cima para baixo” numa lógica hegemónica.

Por essa razão, a crítica cosmopolita ao multiculturalismo<sup>1329</sup> como regresso à identidade pode, afinal, ser rebatida a partir do próprio cosmopolitismo. Corresponde a um sentido contemporâneo de cosmopolitismo<sup>1330</sup> articular cosmopolitismo moral e raízes ou pertenças culturais, “impulso para uma abrangência mundana” sem raízes e celebração e promoção da diversidade cultural numa “abordagem pós-étnica” <sup>1331</sup> ou de “cosmopolitismo enraizado”, conceito “guarda-chuva” <sup>1332</sup> sob o qual podemos acolher diversos “cosmopolitismos adjetivados” <sup>1333</sup> resultantes da viragem ocorrida no seio da teoria cosmopolita<sup>1334</sup>. Este “cosmopolitismo enraizado” assenta no

---

<sup>1326</sup> “Prática de interpretação e de tradução entre culturas através da qual se amplia a consciência da incompletude de cada cultura envolvida no diálogo e se cria a disponibilidade para a construção de formas híbridas de dignidade humana mais ricas e mais amplamente partilhadas”, *vd.* BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS/JOÃO ARRISCADO NUNES, “Introdução...”, *cit.*, p. 41-42.

<sup>1327</sup> *vd.* BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS/JOÃO ARRISCADO NUNES, “Introdução...”, *cit.*, p. 42.

<sup>1328</sup> ONUMA YASUAKI, “Towards an intercivilizational approach to human rights”, *AYIL*, VII, 2001, p. 21-81.

<sup>1329</sup> Na sua versão originária, o cosmopolitismo pressupõe a pertença dos indivíduos a uma comunidade de seres humanos que transcende as particularidades e os vínculos locais, e, nesta versão, seria incompatível com a valorização das pertenças locais. Sobre as origens e o desenvolvimento da ideia cosmopolita, *v.* DAVID HELD, “National Culture, the Globalization of Communications and the Bounded Political Community”, *in Logos*, I (3), 2002, p. 1 ss. Sobre a contraposição cosmopolitismo entre multiculturalismo, pronunciando-se a favor do segundo, *vd.* ANNE PHILLIPS, *Multiculturalism...*, *cit.*, p. 67 ss. e ainda DANIELE ARCHIBUGUI, “The Language of Democracy: Vernacular or Esperanto? A Comparison between the Multiculturalist and Cosmopolitan perspectives”, *in PS*, 53, 2005, p. 537 ss.

<sup>1330</sup> Sobre o sentido contemporâneo do cosmopolitismo, PAULINE KLEINGELD/ ERIC BROWN, “Cosmopolitanism”, *in* Edward N. Zalta (ed.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Spring 2011 Edition)*, disponível em <<http://plato.stanford.edu/archives/spr2011/entries/cosmopolitanism/>> [02/07/2011].

<sup>1331</sup> DAVID HOLLINGER, *Postethnic...*, *cit.*, p. 5.

<sup>1332</sup> Conceito “guarda-chuva”, que apresenta várias versões, uma mais *soft* que outras, e que divergem essencialmente no espaço que concedem à afirmação dos vínculos particularistas, à exigência de “raízes” e ao que constitui essas raízes, *vd.* WILL KYMLICKA/ KATHRYN WALKER, “Rooted...” *cit.*, p. 4 ss.

<sup>1333</sup> BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS, “Para além do pensamento abissal: das linhas globais a uma ecologia de saberes”, *in RCCS*, n.º 78, 2007, p. 3 ss., p. 21, n. 42.

<sup>1334</sup> WILL KYMLICKA/ KATHRYN WALKER, “Rooted...” *cit.*, p. 3.

pressuposto de que é possível conciliar vínculos locais, religiosos, étnicos, nacionais com um compromisso com os princípios e valores cosmopolitas que transcendem as fronteiras locais<sup>1335</sup>, sustentando que o cosmopolitismo engloba as raízes que procura transcender. Procurando manter o compromisso com o *cosmopolitismo em sentido moral* (que sustenta que todos os seres humanos partilham um código moral comum e que o local onde se nasce é irrelevante para determinar o valor moral de cada ser humano), reformula os anteriores compromissos com um estado mundial ou uma cultura global mundial, afirmando ao invés a realidade e o valor da diversidade cultural e do autogoverno local ou nacional<sup>1336</sup>.

O compromisso cosmopolita pode, na realidade, dirigir-se precisamente à abertura às múltiplas pertenças que caracterizam as vidas complexas dos indivíduos nas modernas sociedades e, nesse sentido, contrapor-se a um pluralismo entendido enquanto “mosaico”<sup>1337</sup>. Será, pois, possível, sustentar a importância do reconhecimento das pertenças culturais sem com isso fazer perigar o compromisso com o reconhecimento da igual dignidade dos seres humanos. Ou, de outra forma, manter o compromisso com o universal ou, pelo menos, com o universalizável, sem abdicar de reconhecer valor (moral e, como veremos, jurídico) às nossas pertenças particulares, concretas e contextuais. Do que se trata, em suma, não é de rejeitar a relevância das pertenças, mas de abrir o “universal à diversidade”<sup>1338</sup> e, simultaneamente, abrir a diversidade ao universal. O que implica, não apenas um reconhecimento jurídico-político das identidades, mas, a complementá-lo, também uma *ética da diversidade*.

Demonstrada a possibilidade de conjugar diferentes “níveis de pertença”, de ser simultaneamente membro de uma comunidade, moral e/ou política, global e reconhecer a importância das múltiplas pertenças e, por conseguinte, dos contextos de relacionamento e de reciprocidade de nível regional e local, territorial e pessoal,

---

<sup>1335</sup> *Idem*, cit., p. 2.

<sup>1336</sup> *Idem*, cit., p. 3. Sustenta, em suma, que os vínculos das pessoas às suas culturas étnicas e estados nacionais devem ser limitados pelo compromisso moral cosmopolita com os direitos humanos, a justiça global e o direito internacional e, nesse sentido, o cosmopolitismo enraizado procura reformular seja o conceito de cosmopolitismo seja o de nação.

<sup>1337</sup> DAVID HOLLINGER, *Postethnic...*, cit., p. 3-4.

<sup>1338</sup> ALAIN RENAUT *apud* MAGALIE BESSONE, *La diversité: un concept philosophique?*, 26/02/2010, [http://www.laviedesidees.fr/IMG/pdf/20100226\\_bessone.pdf](http://www.laviedesidees.fr/IMG/pdf/20100226_bessone.pdf). O “humanismo da diversidade” de Renaut propõe uma ética da diversidade, dada a incapacidade do discurso jurídico-político para responder de forma completa às reivindicações identitárias.

cumprir ainda ter presente que as pertenças concretas dos indivíduos não têm de excluir-se, podendo ao invés reforçar-se – assim, a identidade nacional, ou o patriotismo, podem funcionar como propulsoras para alianças de espectro mais alargado, no limite com a humanidade. Esta possibilidade de conjugar diferentes “níveis de pertença”<sup>1339</sup> encontra, quanto a nós, expressão na proteção multinível dos direitos da pessoa humana.

O que a imigração faz é trazer até às fronteiras do Estado a discussão cosmopolita, interrogando-o sobre os deveres perante este “outro” que não é membro daquela comunidade política específica mas é membro da comunidade moral de seres humanos (em virtude do igual estatuto moral de todo e cada um dos indivíduos no mundo, que por isso devem beneficiar da possibilidade de ver os seus interesses levados em conta<sup>1340</sup>), em suma, sobre o seu grau de cosmopolitismo “dentro de portas”. Esta abertura ao cosmopolitismo é, como veremos, também uma “abertura constitucional”<sup>1341</sup>.

O reconhecimento da diversidade cultural, por um lado, e a necessidade de coesão social, por outro, não são, por conseguinte, pretensões mutuamente excludentes. A proposta intercultural inscreve-se precisamente nesta necessidade de compatibilizar diversidade e coesão. A meio caminho entre multiculturalismo e negação da relevância da diversidade cultural, ou entre modelos multiculturalistas e modelos assimilacionistas – com todas as limitações que estas contraposições demasiado simplistas apresentam, como vimos – o apelo à interculturalidade é, afinal, um apelo ao reconhecimento da possibilidade de diálogos significativos entre

---

<sup>1339</sup> Sendo elucidativas, a propósito, as perspetivas sobre os direitos fundamentais a que alude J. C. VIEIRA DE ANDRADE, *Os direitos ...*, cit., 15 ss.

<sup>1340</sup> Este princípio, o primeiro princípio do cosmopolitismo, segundo HELD, deve ser universalmente reconhecido e aceite, *vd.* DAVID HELD, “*Cosmopolitanism: taming globalization*”, in DAVID HELD/ANTHONY MCGREW (eds.), *The global transformations reader: an introduction to the globalization debate*, Cambridge, UK, Polity Press, Cambridge, 2003, p. 514 ss.

<sup>1341</sup> VLAD PERJU, “Cosmopolitanism and constitutional self-government”, in *ICON*, vol. 8, n.º 3, 2010, p. 326 ss.

culturas, conducente a uma “partilha de cultura”<sup>1342</sup> ou, numa outra perspetiva, a alternativa cosmopolita possível<sup>1343</sup>.

A combinação entre aspectos que distinguem (diferença) e aspectos que unem (coesão em torno de valores comuns) pode fazer-se por referência ao conceito de *identidade*. Numa sociedade caracterizada pelo pluralismo cultural e pela “crise do modelo identitário e monocultural de estado” e, em geral, de comunidade política, o Direito pode ter um papel como laço de união definatório da comunidade independentemente da maior ou menor uniformidade de crenças, línguas e modos de vida<sup>1344</sup>, por via de um retorno a uma ideia de “identidade partilhada” e de coesão - não uma identidade nacional, mas uma *identidade constitucional*, ou seja, assente num conjunto básico de princípios estruturantes do Estado, comprometida com uma leitura procedimental que garanta os mecanismos para o diálogo e a interação que permitam aprofundar essa base de consenso. Emergiria assim um sentimento de identidade e de pertença entretecido na partilha de regras e valores de convivências próprios do Estado democrático e plasmados nas suas constituições<sup>1345</sup>, chamadas a desempenhar uma função de “inclusividade multicultural” (ao que aludimos *supra*, na Parte I).

A impossibilidade de fazer assentar a construção da comunidade política sobre uma homogeneidade étnica e cultural difícil de verificar na prática e difícil de sustentar de um ponto de vista teórico atento o seu carácter excludente, conduz à proposta alternativa de que a única identidade coletiva legítima será uma identidade de tipo inclusivo<sup>1346</sup>, assente num património de valores partilhados, ao jeito de um

---

<sup>1342</sup> Expressão utilizada por LUÍS PEREIRA COUTINHO, *A autoridade ...*, cit., p. 452 ss. a propósito da interculturalidade e inter constitucionalidade entre povos europeus.

<sup>1343</sup> Sobre o interculturalismo como proposta cosmopolita, BRUNO GALINDO, “Constituição...”, cit., p.471 e OTFRIED HÖFFE, *Derecho...*, cit., p. 247-248.

<sup>1344</sup> LUÍS LÓPEZ GUERRA, “Derecho y multiculturalidad”, in *Constitución...*, cit., p. 35 ss., 40-41.

<sup>1345</sup> GIANCARLO ROLLA, “Tutela...”, cit., p. 131 ss. Neste sentido, também MARIA ISABEL GARRIDO GÓMEZ, “El interculturalismo...”, cit., p. 121.

<sup>1346</sup> LUIGI FERRAJOLI, “Pasado...”, cit., p. 29, escreve que, se é certo que “a efetividade de qualquer Constituição pressupõe um mínimo de homogeneidade cultural e pré-política”, é também certo que “a igualdade e a garantia de direitos são condições não só necessárias, mas também suficientes, para a formação de uma única “identidade coletiva” que vale a pena perseguir: a que se funda no respeito recíproco e não nas exclusões e intolerâncias recíprocas geradas pelas identidades étnicas, nacionais, religiosas e linguísticas”.



patriotismo constitucional<sup>1347</sup> do género proposto por HABERMAS<sup>1348</sup>, num “amplo consenso constitucional” de tipo republicano<sup>1349</sup>, num patriotismo cívico enquanto “projeto em curso de universalização da cultura política” tal como proposto por LABORDE<sup>1350</sup>, ou, pensado à escala transnacional, um patriotismo como convergência no sentido dos direitos humanos ao jeito de ROSENFELD<sup>1351</sup>.

Porém, sobre o apelo a identidades comuns de base essencialmente abstrata ou racional - como sejam o patriotismo constitucional ou o cosmopolitismo assente nos direitos humanos, a que vimos aludindo -, pesa a suspeita de não serem

---

<sup>1347</sup> O patriotismo constitucional, surgido num contexto muito específico, o da Alemanha dividida do pós-guerra, pela mão de Sternberger e depois de Habermas, foi depois invocado no contexto europeu, para propor a união dos povos da Europa em torno dos valores do constitucionalismo.

<sup>1348</sup> JURGEN HABERMAS, *La inclusion...*, cit., p. 213 ss. O seu patriotismo pressupõe a interpretação de princípios constitucionais universalistas no contexto da tradição e história de uma comunidade específica e, nesse sentido, não implica uma lealdade a princípios simplesmente abstratos. Assim, o patriotismo constitucional situa o sistema de direitos no contexto histórico de uma comunidade jurídica, mas o seu conteúdo ético não deve minar a neutralidade do ordenamento jurídico face às comunidades integradas eticamente no nível sub-político; deve antes afinar a sensibilidade para a multiplicidade diferencial e a integridade das diversas formas de vida coexistentes na sociedade multicultural”. Por conseguinte, o “universalismo dos princípios jurídicos reflete-se num *consenso procedimental* que, por certo, deve *inserir-se* no contexto de uma cultura política, determinada sempre historicamente, à qual poderia chamar-se *patriotismo constitucional*” (ob. cit., p. 214-215). Sobre o patriotismo constitucional habermasiano e sobre a forma como os seus seguidores, que agrupa em “críticos” e “neutralistas”, foram apenas parcialmente fieis à proposta habermasiana, CÉCILE LABORDE, “From Constitutional to Civic Patriotism”, in *BJPS*, 32, 2002, p. 591 ss., p. 593 ss.

<sup>1349</sup> Assim, JUAN CARLOS VELASCO ARROYO, “Republicanism, constitucionalismo y diversidad cultural. Más allá de la tolerancia liberal”, in *REP*, n.º 125, 2004, p. 181 ss., p. 201 ss. O autor propõe uma “república democrática” como contexto de desenvolvimento das distintas formas de vida, desativando o seu potencial excludente, assente numa adesão ou a integração de tipo político e não étnico, numa “aculturação política” mas nunca na assimilação da cultura nacional. Um modelo desta natureza exige acordos de nível constitucional e uma constituição entendida de forma flexível e aberta, “obra inacabada” que surge como “horizonte de expectativas de uma comunidade política” e projeto de sociedade justa – um acordo constitucional, em suma, que torne possível uma multiplicação de identidades, individuais e coletivas, compatível com uma única lealdade política, a constitucional, articulado de forma democrática. Uma perspetiva que surge, assim, a meio caminho entre nacionalismo e liberalismo, mais inclusiva e aberta às pertenças multiculturais que a primeira, mais ciosa da construção de laços sociais que o segundo, e não prescinde do suporte conferido por uma “pedagogia republicana da pluralidade” (e uma educação política que não se confunde, todavia, com doutrinação) capaz de fomentar a emergência de uma “cultura pública plurinacional e pluriétnica”.

<sup>1350</sup> CÉCILE LABORDE, “From Constitutional...”, cit., p. 593 ss.

<sup>1351</sup> MICHEL ROSENFELD, *The identity...*, cit., p. 269-270. ROSENFELD desconfia da possibilidade de um compromisso com ideais abstratos (ob. cit., p. 259 ss.), mas já acredita na possibilidade de um patriotismo de direitos humanos.

suficientemente atrativos para as pessoas, não gerando o tipo de afetividade que leva a generalidade das pessoas, especialmente em termos de crise, a unir-se em torno de algo partilhado<sup>1352</sup>. O apelo universalista ao Direito como “argamassa” em contextos de diversidade, *maxime* aos valores do constitucionalismo e ao seu poder de mobilizar convergências - como, notavelmente, a que se verifica em torno dos direitos humanos – deve ser temperado pela sensibilidade ao “mosaico cultural” que se reclama do Estado em sociedades pluriculturais – sem a qual, advertem alguns, os cidadãos não se sentirão comprometidos com a “coisa pública”<sup>1353</sup>.

Para MODOOD, o caminho será, por conseguinte, a referência a uma identidade nacional, desde que não de tipo excludente mas inclusivo – ou seja, “reimaginada” em sentido multicultural, por referência a uma cidadania pensada como plural, dispersa e dialógica<sup>1354</sup> –<sup>1355</sup>. Já na concepção (neorepublicana) de CÉCILE LABORDE, trata-se de propor um patriotismo não de tipo abstrato e universalista como o da versão liberal, neutra, do patriotismo, demasiado “fino” para servir de base a uma sociedade, nem de tipo “denso” como a identidade coletiva defendida pelos nacionalistas, demasiado cerrada para acomodar as minorias – um “patriotismo cívico”, cuja legitimidade e inclusividade surgem reforçadas pelo reconhecimento do “papel das culturas políticas particulares na justificação dos princípios universalistas”, sustentando a necessidade de manter as identidades políticas e os compromissos com instituições políticas

---

<sup>1352</sup> TARIQ MODOOD, *Multiculturalism...*, cit., p. 146 ss.

<sup>1353</sup> JUAN CARLOS VELASCO ARROYO, “Republicanism...”, cit., p. 196 ss.

<sup>1354</sup> Assim, TARIQ MODOOD, *Multiculturalism...*, cit., p. 149. Com efeito, nota Modood, não terá sentido encorajar identidades minoritárias ou multiculturais e enfraquecer identidades comuns ou nacionais: “as identidades multiculturais fortes são uma coisa boa, não são intrinsecamente divisoras ou reacionárias – mas precisam de uma base de narrativas vibrantes, dinâmicas e nacionais e de cerimónias e rituais que expressam uma identidade nacional”.

<sup>1355</sup> A Recomendação 1735 (2006) da Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa (PACE) sobre “O conceito de nação” veio relançar a discussão o melhor conceito de nação na Europa, partindo do clássico “nação cultural vs. nação cívica”. A Assembleia convidou os Estados membros a adaptarem as suas constituições de acordo com os *standards* europeus que reclamam a integração de todos os cidadãos, independentemente das suas origens etnoculturais, numa entidade cívica e multicultural, cessando de se definir e organizar como exclusivamente étnicos ou exclusivamente cívicos.

específicas, “escrutinando e reformulando as culturas políticas existentes numa direção inclusiva”<sup>1356</sup>.

Não se exclui, por conseguinte, que o patriotismo constitucional moldado à identidade constitucional de uma determinada comunidade política possa traduzir um nacionalismo de Estado de tipo racional, procurando, no que às comunidades imigrantes diz respeito, a integração não como forma de combater a identidade cultural, mas sim de afirmar a consciência de uma vontade de viver em conjunto respeitando um acervo de valores partilhados<sup>1357</sup>. Tal corresponde a um conceito de nação não como elemento fundador do grupo, mas como resultado da criação progressiva do grupo em si através de formas de livre e espontânea associação com a aceitação voluntária de princípios comuns, um sentimento de pertença comum e os sentimentos concomitantes de confiança recíproca entre indivíduos pertencentes à comunidade política (*polity*)<sup>1358</sup>.

Acresce que – como, de resto, a polémica gerada em torno do conceito de “Leitkultur”<sup>1359</sup> proposto por BASSAM TIBI demonstra<sup>1360</sup> – não se exclui que propostas desta natureza escondam ainda um “retorno à assimilação” numa cultura dominante<sup>1361</sup> e uma aceitação de uma identidade imposta, ainda que de tipo racional

---

<sup>1356</sup> CÉCILE LABORDE, “From Constitutional...”, cit., p. 592. A sua proposta insere-se ainda da tradição do patriotismo republicano, na qual também se insere o patriotismo constitucional habermasiano.

<sup>1357</sup> SUSANNA MANCINI, “La Francia...”, cit., p. 98.

<sup>1358</sup> ROBERTA MEDDA-WINDISCHER, *Old...*, cit., p. 70 ss.

<sup>1359</sup> BASSAM TIBI, “Leitkultur...”, cit.

<sup>1360</sup> E que, para FRANCIS FUKUYAMA, “Identity...”, cit., p. 15 ss., demonstra a dificuldade em discutir a questão da identidade nacional na Alemanha e, em geral, em muitos países europeus, onde não é politicamente correto fazê-lo, apesar de, em seu entender, ser imperativo fazê-lo.

<sup>1361</sup> Assim, SUSANNA MANCINI, “La Francia...”, cit., p. 117, referindo-se à proibição legislativa de utilização de símbolos religiosos em França, aponta precisamente que se trata de uma medida de proteção da constituição e da identidade constitucional, congruente com a identidade nacional e constitucional francesa, que restringe, todavia, direitos fundamentais (liberdade religiosa e a manifestação da identidade pessoal) em nome a imposição militante de uma determinada conceção de “vida boa”. Por conseguinte, escreve, a laicidade transforma-se, de cláusula de salvaguarda do pluralismo, em cláusula de garantia da homogeneidade ideológica e cultural. Veja-se também FELIX EKARDT, “Weder...”, cit. e, alertando para o risco de os universalismos particularistas de tipo constitucional servirem para praticar a exclusão, CHRISTIAN JOPPKE, “Immigration...”, cit., p. 541 ss.

e não étnico, *id est*, de valores constitucionais impostos (vocação assimilacionista do constitucionalismo ocidental) e não partilhados ou resultado de um compromisso<sup>1362</sup>.

Em todo o caso, quanto a nós, o medo da assimilação (e, por conseguinte, da diluição da diversidade na coesão) poderá ser esconjurado por referência à tolerância. A proposta intercultural apela, como vimos, ao diálogo e à identificação de valores comuns entre culturas, que pertencem ainda ao universo da modernidade<sup>1363</sup>, mas combina-os com o reconhecimento da diferença e da individualidade<sup>1364</sup>. Ao fazê-lo, inscreve-se no “dualismo do moderno e do pós-moderno” a que alude WALZER, exigindo uma dupla acomodação da diferença, primeiro nas suas versões singulares individual e coletiva, depois nas suas versões pluralistas, dispersas e divididas: “precisamos de ser tolerados e protegidos como cidadãos do Estado e membros de grupos - e também como estranhos a ambos”<sup>1365</sup>.

O compromisso com o pluralismo cultural e com a compreensão das culturas a partir dos seus fundamentos<sup>1366</sup> enquanto exigência do diálogo intercultural exige, por conseguinte, o apelo a uma tolerância entendida de forma ativa, que aceita e valoriza a presença do outro e a expressão da sua identidade e diferença<sup>1367</sup> - que para alguns e em bom rigor será, já não tolerância, mas *hospitalidade*<sup>1368</sup> - assinalando a passagem da “tolerância” como resposta a pretensões de não interferência ao “reconhecimento”

---

<sup>1362</sup> Sobre a questão, entre outros, FRANCESCO BELVISI, “Società...”, cit., p. 84 e JUAN CARLOS VELASCO ARROYO, “Republicanismo...”, cit.

<sup>1363</sup> Sobre a questão, RAFAEL ENRIQUE AGUILLERA PORTALES, “Multiculturalismo, derechos humanos e ciudadanía cosmopolita”, in *LJ*, n.º 3, 2006, p.12 ss.

<sup>1364</sup> Trata-se, por conseguinte, de explorar a ‘via média’ a que alude MILENA DOYTCHIEVA, *Le multiculturalisme*, cit., p. 114-115, escrevendo que o multiculturalismo, mais que um projeto anti modernista, procurou uma via média para conciliar direitos iguais do indivíduo e reconhecimento das identidade e pertenças coletivas, uma síntese entre igualdade e diferença por muitos considerada improvável ou, em todo caso, fora do alcance dos esforços combinados do voluntarismo político e do positivismo jurídico.

<sup>1365</sup> MICHAEL WALZER, *On toleration*, cit., p. 89-90.

<sup>1366</sup> Interculturalidade como comunicação e não como mera tradução, no sentido apontado por RAIMON PANIKKAR,, “La interpelación...”, cit., p. 25 ss.

<sup>1367</sup> Assim também, MARIA ISABEL GARRIDO GÓMEZ, “El interculturalismo...”, cit., p. 123.

<sup>1368</sup> Salientamos o apelo à hospitalidade, ao acolhimento do outro, na sua alteridade, que nos vem dos trabalhos de LEVINAS e de DERRIDA. Sobre a questão, POLYANA WASHINGTON DE PAIVA, *O princípio jurídico da hospitalidade: da tolerância à hospitalidade na proteção dos direitos do outro homem*, Dissertação de mestrado em Ciências Jurídico-Políticas apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra [s. n.], 2008 e “A hospitalidade como princípio jurídico: reflexões iniciais sobre a possibilidade do encontro entre a hospitalidade e o Direito a partir de um diálogo com Jacques Derrida”, in *BFDC*, vol. 8, 2006, p. 805 ss.

<sup>1369</sup>. De outra perspectiva, a interculturalidade – como ‘caminho’ ou ‘atitude’, e não como método ou conhecimento abstrato - assume-se como proposta humana, encontro existencial entre visões de mundo que traduzem uma abertura ao outro entendido, não como *alius*, mas como *alter*, como sujeito e fonte de conhecimento, e não como objeto (Panikkar) <sup>1370</sup>.

Como escrevemos *supra*, na discussão sobre a tolerância em sociedades multiculturais, a concepção do respeito é a que se considera mais promissora<sup>1371</sup>. A ideia de uma indulgência ou complacência não basta, exigindo-se o reconhecimento de um direito à diferença e de uma harmonia na diferença<sup>1372</sup>. Exige-se, por conseguinte, a passagem de uma tolerância entendida de acordo com a “clássica” concepção permissiva <sup>1373</sup> a uma concepção assente no respeito, que exige que as partes tolerantes se reconheçam de forma recíproca<sup>1374</sup>. Neste *sentido estrito*, “a tolerância – como igual respeito por todos – significa a vontade de neutralizar o impacto prático de uma dissonância cognitiva que, não obstante, no seu próprio domínio, exige que a resolvamos”<sup>1375</sup>.

Na perspectiva de FORST, a tolerância como respeito na sua vertente de *igualdade qualitativa*<sup>1376</sup> não exige uma separação estrita entre a esfera ética da “pessoa privada” e a “esfera política” do cidadão livre de qualquer particularidade, antes implica “uma “igualdade qualitativa” de *igual* respeito e *iguais* direitos para pessoas com *diferentes* identidades étnico-culturais”, o que exige exceções a regras e práticas sociais *standard* mas também novas interpretações mais compreensivas de instituições existentes <sup>1377</sup>. O “igual reconhecimento jurídico” que a concepção da

---

<sup>1369</sup> GIUSEPPE ZACCARIA, “Tolerancia...”, cit., p. 113-114.

<sup>1370</sup> RAIMON PANIKKAR, “La interpelación...”, cit., *passim*.

<sup>1371</sup> RAINER FORST, “Toleration”, cit. No mesmo sentido, MICHAEL WALZER, “The politics ...”, cit., p. 173, notando que a concepção de respeito *mútuo* pretende ultrapassar a relação de desigualdade de poder normalmente associada à tolerância, e a posição de inferioridade dos grupos ou indivíduos “tolerados” – mas não é necessariamente, como o demonstra a análise histórica das formas de institucionalização da tolerância, a mais estável.

<sup>1372</sup> PAULO MOTA PINTO, “Nota sobre ...”, cit., p. 769-770.

<sup>1373</sup> RAINER FORST, “A critical...”, cit., p. 294.

<sup>1374</sup> *Idem*, cit., p. 296.

<sup>1375</sup> JÜRGEN HABERMAS, “Intolerance...”, cit., p. 12.

<sup>1376</sup> RAINER FORST, “Toleration”, cit.

<sup>1377</sup> RAINER FORST, “The Limits...”, cit., p. 319.

*tolerância como respeito* propõe é uma exigência de justiça (tolerância como justiça)<sup>1378</sup>. A diferença decisiva diz respeito à forma como se traçam os limites da tolerância: com base em valores éticos particulares, na concepção permissiva, ou com base em considerações apoiadas no *princípio da justificação*, na concepção do respeito<sup>1379</sup>.

Não se trata, por conseguinte, de uma tolerância sem limites, mas de estabelecê-los de forma não intolerante. No limite, haverá que admitir que há pretensões que não são de inclusão, mas de exclusão, e aceitar, nesses casos, a inevitabilidade da secessão<sup>1380</sup>.

Em suma, a proposta intercultural, como proposta de conciliação entre unidade e diversidade, é uma ‘solução pluralista’, também ela assente numa tríplice dimensão de “ideia normativa”, “processo aberto” e “pensamento situado”<sup>1381</sup>.

## 2. Aplicações práticas do modelo intercultural

Rejeitando os modelos assimilacionistas e também os que, reconhecendo não obstante a diversidade cultural, inviabilizam uma *inclusão* efetiva, abre-se caminho ao *modelo intercultural*, que aponta para um diálogo, e integração harmónica entre culturas, tendo na base um conjunto de valores comuns como garantia (mínima) de coesão. A proposta intercultural assenta numa síntese integradora (não mera combinação) de aspectos dos modelos ditos assimilacionistas e multiculturalistas,

---

<sup>1378</sup> *Idem*, cit., p. 319.

<sup>1379</sup> RAINER FORST, “A critical...”, cit., p. 305. Esta concepção, assente na distinção entre ética e moral, tem um elevado custo, que torna a tolerância uma “virtude moral e política exigente”, custo esse que se traduz em, não podendo avançar-se argumentos recíproca e genericamente não-rejeitáveis para as valiações éticas, ter de se aceitar que não há justificação para impô-las aos demais ou para as tornar as base de normas genericamente vinculativas, p. 303.

<sup>1380</sup> HANS LINDHAL, “Recognition...”, cit., p. 226. Para LINDHAL, o constitucionalismo não tem como responder *diretamente* à singularidade contornando as exigências de reciprocidade, admitindo a suspensão, ainda que parcial, do regime de reciprocidade constitucional com vista a iniciar negociações com o grupo que pretende sair, inaugurando uma fase de *paraconstitucionalismo*.

<sup>1381</sup> J. C. VIEIRA DE ANDRADE, “Grupos...”, cit., p. 135.

combinando o melhor de cada um deles em algo de novo<sup>1382</sup> e acrescentando o diálogo intercultural como caminho para a coesão social<sup>1383</sup>.

Assim o afirma, com efeito, também o Conselho da Europa, sustentando que o “paradigma interculturalista emergente” toma da assimilação a importância do individual, e do multiculturalismo o reconhecimento da diversidade cultural, adicionando “o novo elemento, “crítico para a integração e coesão social, do diálogo na base da igual dignidade e dos valores partilhados”<sup>1384</sup>. Esta abordagem assenta na premissa de que as culturas mudam e se influenciam reciprocamente, tal como desenvolvemos já, e que as políticas, designadamente as adotadas face aos imigrantes, são suscetíveis de influenciar a evolução e as convergências e divergências entre culturas e valores culturais<sup>1385</sup>. Implica ainda um processo de diálogo constante, com cedências de todas as partes envolvidas – e, por conseguinte, também da maioria ou da cultura dominante – no limite de um conjunto de valores não-negociáveis (cuja existência distingue esta abordagem do multiculturalismo). Cabe ao diálogo intercultural procurar um “novo consenso” quanto a este núcleo de valores comuns não negociáveis<sup>1386</sup>. Este diálogo intercultural é um “processo que compreende uma troca de perspectivas aberta e respeitadora entre indivíduos e grupos com diferentes origens e heranças étnicas, culturais, religiosas e linguísticas, na base da compreensão e respeito mútuos” - um instrumento de mediação e de reconciliação, portanto<sup>1387</sup>.

As condições formuladas pelo Conselho da Europa para que o diálogo intercultural tenha lugar são o respeito pelos valores comuns defendidos por esta Organização internacional - ou seja, pela dignidade da pessoa humana, pelos direitos

---

<sup>1382</sup> O que, em termos concretos, varia de área para área. Uma comparação ilustrativa pode encontrar-se em Conselho da Europa, *The intercultural City: what it is and how to make it work*, Intercultural Cities Program, DGIV, Estrasburgo, p. 5.

<sup>1383</sup> MARIA ELOSEGUI ITXASO, *El dialogo intercultural en España*, Informe, 2009. Sobre o modelo intercultural *vide*, entre outros, MARIA ELOSEGUI ITXASO, “Asimilacionismo, multiculturalismo, interculturalismo”, in *CdRP*, n.º 74, 1997, p. 24 ss. e ANTONIO-LUIS MARTÍNEZ-PUJALTE, “Derechos...”, cit., p. 119 ss.

<sup>1384</sup> *White Paper on Intercultural Dialogue: “Living together as Equals in Dignity”*, Estrasburgo, 2008, p. 19, disponível em [www.coe.int](http://www.coe.int). Sobre o diálogo intercultural no sistema do Conselho da Europa, com especial ênfase na sua vertente jurisprudencial, PATRÍCIA WIATER, *Le dialogue...*, cit., p. 8 e p. 25 ss.

<sup>1385</sup> PIERRE SALAMA, *Migrants...*, cit., p. 61 ss.

<sup>1386</sup> *Idem*, cit., p. 66 ss.

<sup>1387</sup> Conselho da Europa, *The intercultural City...*, cit., p. 17.

do homem e liberdades fundamentais, pela democracia e pelo *rule of law*-, uma disposição reflexiva assente no respeito pelo indivíduo como ser humano, no reconhecimento recíproco e no tratamento imparcial e o respeito pela igualdade de género<sup>1388</sup>. Os eixos de orientação para as políticas de promoção do diálogo intercultural identificados pelo Conselho da Europa são a promoção de uma cultura política de valorização da diversidade, o recurso aos direitos humanos como condições possibilitadoras, a promoção da igualdade de oportunidades e direitos, a cidadania democrática e a participação, ensinar e aprender competências interculturais, criar espaços para o diálogo intercultural e promover o diálogo intercultural nas relações internacionais. O Conselho da Europa tem insistido, neste âmbito, no papel da educação como instrumento fundamental na luta contra a violência, o racismo e a xenofobia, a discriminação e a intolerância, que são obstáculos ao diálogo intercultural, contribuindo para a coesão social e para a promoção de um conjunto de valores nucleares, entre os quais pontifica o respeito pelos direitos humanos<sup>1389</sup>.

Fundamental para o diálogo intercultural e para a gestão democrática da diversidade cultural, como nota WIATER<sup>1390</sup>, é a tomada de consciência de que tal diálogo *tem lugar em diversos níveis*. Retornando ao Conselho da Europa, a promoção do diálogo intercultural, procurando a conciliar a vontade de unidade política e jurídica com a diversificação cultural das sociedades, europeias e não só, exerce-se em três níveis diferentes: no seio de cada país europeu, entre diferentes culturas para lá das fronteiras nacionais, e entre a Europa e o resto do mundo<sup>1391</sup>. Este diálogo é ainda político e jurídico, avultando nesta vertente a contribuição do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH). O Tribunal de Estrasburgo, ao qual cabe velar pelo cumprimento da CEDH e definir os contornos do “património político comum” dos Estados membros, assente no respeito pela liberdade e na preeminência do Direito (§50 do Preâmbulo da Convenção), tem um papel a desempenhar neste

---

<sup>1388</sup> *White Paper...*, cit., p. 19 ss. e PATRÍCIA WIATER, *Le dialogue...*, cit., p. 25 ss.

<sup>1389</sup> Veja-se, neste sentido, a *Carta do Conselho da Europa sobre a educação para a cidadania democrática e a educação para os direitos humanos* (CM/Rec (2010) 7), em especial o seu Relatório Explicativo. Os textos estão disponíveis para consulta no sítio do Conselho da Europa, em <http://www.coe.int/>.

<sup>1390</sup> PATRÍCIA WIATER, *Le dialogue...*, cit., p. 99.

<sup>1391</sup> *White Paper ...*, cit., p. 9 e 10 e PATRÍCIA WIATER, *Le dialogue...*, cit., p. 99.



diálogo intercultural, cabendo-lhe precisar “em que consiste precisamente uma cultura política que valoriza a diversidade cultural”, assente na democracia, na preeminência do direito e na igualdade em direitos e em dignidade<sup>1392</sup>. Assim, num contexto de diversidade em que, todavia, se reconhece a “permeabilidade” dos sistemas nacionais, é pedido ao sistema convencional que desempenhe um papel “unificador” e se aplique a todos os Estados membros na sua diversidade, também interna<sup>1393</sup>. Se a prática do diálogo intercultural no primeiro e no segundo dos níveis vistos faz parte das tarefas quotidianas do Tribunal, o mesmo não pode dizer-se do diálogo intercultural entre a Europa e o resto do mundo, dado que os Estados que não são membros do Conselho da Europa escapam ao âmbito de aplicação da Convenção (art. 1.º CEDH) e ao âmbito de competência do TEDH<sup>1394</sup>.

Com base nos exemplos de “conflito cultural” da jurisprudência do TEDH, é possível identificar um conjunto de princípios normativos, aplicáveis à interpretação da Convenção e que se impõem às autoridades dos Estados membros quando tentam conciliar direitos e interesses concorrentes, agrupados em torno de três eixos fundamentais<sup>1395</sup>: importância da democracia para o sucesso do diálogo intercultural, responsabilidade particular dos poderes públicos em sociedades culturalmente diversificadas e direitos e deveres dos membros de sociedades culturalmente diversificadas. Teremos oportunidade de desenvolvê-los *infra*. Por enquanto, salientamos apenas, na linha do que escrevemos já, que ao Estado – o qual, em virtude da sua proximidade às “forças vivas” da sociedade, está especialmente bem posicionado para se pronunciar sobre o conteúdo preciso de exigências relativas aos interesses culturais plurais – cabe o dever de assegurar as condições do diálogo

---

<sup>1392</sup> *White Paper...*, cit., p. 21 e, desenvolvidamente, PATRÍCIA WIATER, *Le dialogue...*, cit., p. 16 ss., 29 ss. e 33 segs. Note-se que, apesar de a CEDH não consagrar expressamente a dignidade da pessoa humana, o TEDH já se pronunciou no sentido de seu lugar de relevo no sistema da Convenção, designadamente em *Pretty c. RU*, §65 e *Christine Goodwin c. RU*, Grand Chamber, §90.

<sup>1393</sup> PATRÍCIA WIATER, *Le dialogue...*, cit., p. 8.

<sup>1394</sup> Não obstante, o TEDH aprecia decisões soberanas dos Estados-parte que podem implicar levar em conta os ordenamentos de Estados terceiros, como sucede em casos de expulsão (v.g. *Soering c. RU* e *Collins e Akaziebie c. Suécia*, n.º 23944/05, decisão de inadmissibilidade de 08/03/2008), sem que isso implique um juízo sobre esses ordenamentos. Assim, PATRÍCIA WIATER, *Le dialogue...*, cit., p. 100 ss.

<sup>1395</sup> Seguimos PATRÍCIA WIATER, *Le dialogue...*, cit., p. 106 ss.

intercultural e gerir (não eliminar) o pluralismo<sup>1396</sup>, sem que isso implique, naturalmente, ignorar o papel igualmente relevante da sociedade e, em última análise, de cada pessoa, no diálogo intercultural.

Concretizações da perspectiva intercultural nos diferentes níveis em que o diálogo intercultural tem lugar são ainda, *inter alia*, o “modelo árvore” para a proteção das minorias, incluindo as minorias resultantes da imigração, proposto por ROBERTA MEDDA-WINDISCHER<sup>1397</sup>, a proposta normativa de DANIEL BONILLA MALDONADO para o reconhecimento justo e uma apropriada acomodação da diversidade cultural na Constituição colombiana<sup>1398</sup>, a proposta de transconstitucionalismo de MARCELO NEVES, e bem assim a compreensão da internormatividade europeia como “interculturalidade constitucional”<sup>1399</sup> (não, portanto, apenas interconstitucionalidade, mas também interculturalidade, não apenas interorganizatividade mas “partilha de cultura”<sup>1400</sup>).

É, pois, por referência à internormatividade – que é, também, dimensão da interculturalidade –, e que tem como referência a constituição, *cada constituição*, que é necessário concretizar as exigências – substanciais e procedimentais – do diálogo intercultural, como referimos *supra* (Parte I) e desenvolveremos de seguida.

---

<sup>1396</sup> PATRÍCIA WIATER, *Le dialogue...*, cit., p. 107 e 108 e jurisprudência aí citada.

<sup>1397</sup> ROBERTA MEDDA-WINDISCHER, *Old...*, cit., *passim*, que desenvolveremos *infra*, no Cap. I da Parte III.

<sup>1398</sup> DANIEL BONILLA MALDONADO, *La Constitución...*, cit., p. 269 ss.

<sup>1399</sup> J. J. GOMES CANOTILHO, *Brançosos...*, cit., p. 267 ss.

<sup>1400</sup> Retomada por LUÍS PEREIRA COUTINHO, *A autoridade...*, cit., p. 452 ss.

**PARTE III**  
**IDENTIDADE E DIVERSIDADE CULTURAL NA CONSTITUIÇÃO**  
**PORTUGUESA**

*“ a força da nação que a Constituição tem em mente vem da sua capacidade de acolher todos os seus membros com dignidade e respeito ”.*

(TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ÁFRICA DO SUL, CCT 60/40 *Fourie* 2005)

**CAPÍTULO I – Dimensões de juspositivação**

**1. Reflexos da proteção da cultura e da diversidade cultural no direito internacional e no direito estrangeiro**

**1.1.Sinergias na proteção internacional e europeia**

A abordagem multinível, a favor da qual já nos pronunciámos<sup>1401</sup>, impõe a consideração da dimensão supraestadual da tutela jusfundamental (*lato sensu*) da identidade e da diversidade culturais, tutela esta que ultrapassou as fronteiras do Estado nacional para se erigir em componente básica do direito internacional e do direito euro-comunitário<sup>1402</sup>. Podemos dar por assente a protecção da cultura pelo direito internacional<sup>1403</sup>, seja na dimensão de identidade e de diversidade cultural, seja na dimensão de direitos e liberdades culturais em sentido estrito (aí incluída a protecção do património cultural), seja ainda na dimensão de direitos das minorias culturais.

---

<sup>1401</sup> *Vd.* Parte II, Cap. II, *maxime* 2 a 4.

<sup>1402</sup> Como salienta GERARDO RUIZ-RICO RUIZ, “Introducción...”, cit., p. 9 ss.

<sup>1403</sup> YVONNE DONDEERS, “Do Cultural Diversity and Human Rights make a Good Match?”, in *ISSJ*, n.º 199, 2010, p. 15 ss.

A amplitude da expressão “direitos culturais”<sup>1404</sup>, capaz de abranger desde a protecção das liberdades culturais ou de espírito (como a liberdade criação artística) até aos direitos dos grupos ou minorias culturais<sup>1405</sup>, remete-nos para a determinação de um conceito de cultura jusinternacionalmente relevante<sup>1406</sup>. A sua natureza de conceito vago, de contornos fluidos<sup>1407</sup>, ajuda a explicar as dificuldades e dúvidas geradas pela sua protecção jurídica, assim como a dificuldade de compreensão a que são, frequentemente, votados os direitos culturais (*vd. infra*). No direito internacional, a uma primeira fase marcada por um conceito restrito e elitista de cultura, tendente a identificá-la com a produção artística e científica e com o acesso e fruição desses bens<sup>1408</sup>, sucedeu-se a adoção de um conceito amplo, reafirmado na *Declaração Universal sobre Diversidade Cultural* (2001) da UNESCO. De acordo com esta *noção ampla*, a cultura refere-se a “um conjunto de características espirituais, materiais, intelectuais e emocionais diferenciadoras de uma sociedade ou de um grupo social, e que compreende, para além da arte e da literatura, os estilos de vida, as

---

<sup>1404</sup> YVONNE DONDERS, *Towards...*, cit., p. 3, distingue: em sentido estrito, os direitos humanos culturais serão a “categoria de direitos humanos que se refere explicitamente à cultura como categoria residual perante os direitos civis, políticos, económicos e sociais” (incluindo o direito a tomar parte na vida cultural, consagrado no art. 15.º do PIDESC, e o direito das pessoas pertencentes a minorias a usufruir da sua cultura, consagrado no art. 27.º do PIDCP); entendidos em sentido amplo serão “uma categoria abrangente de direitos humanos com uma relação com a cultura”, aqui se incluindo em especial o direito à autodeterminação, o direito à liberdade religiosa, a liberdade de expressão, a liberdade de associação e o direito à educação”.

<sup>1405</sup> “Grupos” e “minorias” não são conceitos totalmente sobreponíveis, sendo o primeiro mais amplo na medida em que permite abranger realidades que ficariam, segundo certas definições, afastadas do conceito de minorias – como é o caso dos “povos”. Os direitos dos povos, a que a CRP alude no art. 7.º, podem distinguir-se dos direitos humanos, uma vez que dizem respeito a direitos de coletividades mais ou menos definidas, aí incluído o direito à autodeterminação, e não a direitos de pessoas, escreve JORGE MIRANDA, *Manual...*, Tomo IV, cit., p. 80 ss.

<sup>1406</sup> Etimologicamente, “cultura” deriva da raiz latina *colare*, que se associa a atividades de preservação, atenção e cuidado, surgindo posteriormente, no período romântico, a oposição entre “cultura” (*Kultur*) e “civilização” (*Zivilization*), muito trabalhada por HERDER, que viria a tornar-se obsoleta nos debates contemporâneos sobre a cultura, assente na perspectiva antropológica da igualdade de formas culturais. Sobre a questão, SEYLA BENHABIB, *Las reivindicaciones...*, cit., p. 22 ss. A tendência para a superação da distinção entre cultura e natureza encontra, do ponto de vista do direito positivo, alguma expressão na *Lei de Bases da Política e do Regime de Protecção e Valorização do Património Cultural* (Lei n.º 107/2001, de 8/09) pois esta, embora tenha por base uma distinção entre património cultural ou bens culturais e património natural ou bens naturais, estende a estes os seus princípios e disposições fundamentais (art. 14.º/2).

<sup>1407</sup> *Vd. Parte I e* PATRÍCIA JERÓNIMO, “Direito...”, cit., p. 349 e 357 ss.

<sup>1408</sup> ABDULQAWI YUSUF, “Cultural...”, cit., p. 55.

formas de viver em conjunto, os sistemas de valores, as tradições e as convicções”<sup>1409</sup>. Trata-se, na realidade, de um conceito bicéfalo, que combina uma “componente antropológica” com uma componente centrada na criação cultural<sup>1410</sup>, distinção esta não desprovida de efeitos, refletindo-se na forma de entender o papel do indivíduo - como “produto” ou como “produtor” de cultura - e os seus “direitos culturais”<sup>1411</sup>. Seguindo a proposta de PATRÍCIA JERÓNIMO e tomando como ponto de partida a noção a que *supra* se aludiu<sup>1412</sup>, é ainda oportuno referir que, recentemente, no seu Comentário ao art. 15.º do PIDESC, o Comité dos Direitos Económicos, Sociais e Culturais, esclarecendo o âmbito de proteção do direito a participar na vida cultural, se pronunciou no sentido de um conceito amplo, multifacetado e dinâmico de cultura, relativo a dimensões de presente, de passado e de futuro<sup>1413</sup>.

A abrangência das realidades relacionadas com a proteção da cultura e da diversidade cultural determina que, para a sua proteção, possam ser convocados instrumentos vinculativos e não vinculativos, de índole regional ou global, vocacionados especificamente para a proteção das minorias ou de direitos humanos

<sup>1409</sup> Definição conforme às conclusões da Conferência Mundial sobre as Políticas Culturais (MONDIACULT, México, 1982), da Comissão Mundial de Cultura e Desenvolvimento (Nossa Diversidade Criadora, 1995) e da Conferência Intergovernamental sobre Políticas Culturais para o Desenvolvimento (Estocolmo, 1998).

<sup>1410</sup> JAN WOUTERS/ MAARTEN VIDAL, “International...”, cit., p. 783. Numa outra perspetiva, podemos distinguir uma aceção geral (inspirada no sentido humanista) e uma aceção étnica (inspirada no sentido antropológico) de cultura – assim, JESUS PRIETO DE PEDRO, *Cultura, culturas y Constitución*, 4ª reimp., Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006, p. 50 ss. e BEATRIZ GONZALEZ MORENO, *Estado de Cultura, Derechos culturales y libertad religiosa*, Madrid, Civitas, 2003, p. 106 ss.

<sup>1411</sup> Assim, JAN WOUTERS/MAARTEN VIDAL, “International...”, cit., p. 783.

<sup>1412</sup> PATRÍCIA JERÓNIMO, “Direito...”, cit., p.349, n. 14.

<sup>1413</sup> *Vd.* §11 e ss. do *Comentário Geral n.º 21 (alínea a) do n.º 1 do art. 15.º do PIDESC)* do Comité dos Direitos Económicos, Sociais e Culturais, de 21 /12/ 2009, disponível em <http://www2.ohchr.org/english/bodies/cescr/comments.htm>. Em especial, aí se esclarece que “*culture, for the purpose of implementing article 15 (1) (a), encompasses, inter alia, ways of life, language, oral and written literature, music and song, non-verbal communication, religion or belief systems, rites and ceremonies, sport and games, methods of production or technology, natural and man-made environments, food, clothing and shelter and the arts, customs and traditions through which individuals, groups of individuals and communities express their humanity and the meaning they give to their existence, and build their world view representing their encounter with the external forces affecting their lives. Culture shapes and mirrors the values of well-being and the economic, social and political life of individuals, groups of individuals and communities*”. Sublinhando este aspecto, MAJELLA NÍ CHRÍOCHÁIN, “Cultural rights: a new era”, in DAVID KEANE/YVONNE MCDERMOTT (eds.), *The challenge of human rights – past, present and future*, Cheltenham/Northampton, Edward Elgar, 2012, p. 291 ss., p. 303 ss.

em geral, de âmbito geral ou específico<sup>1414</sup> (v.g. orientados para a protecção de certos grupos de pessoas, como as crianças ou as mulheres, ou face a certos actos, como a discriminação)<sup>1415</sup>.

Não obstante – e sem surpresa, tendo em conta a tendência pluralista e dialógica na protecção dos direitos fundamentais já referida<sup>1416</sup> – são detectáveis sinergias e paralelismos entre instrumentos e órgãos de monitorização e acompanhamento, traduzidas em referências cruzadas expressas e diálogos jurisprudenciais, em convergências substantivas e na emergência de métodos de trabalho semelhantes<sup>1417</sup>, visível, v. g., no desenvolvimento, pelas instâncias internacionais de protecção de direitos humanos, de uma sensibilidade à dimensão cultural e minoritária na interpretação de direitos gerais, *id est*, não especialmente reconhecidos a minorias<sup>1418</sup>.

A capacidade, manifestada pelo sistema de Estrasburgo, de acomodação das reivindicações culturais e minoritárias, é, a este nível, paradigmática. Com efeito, a CEDH não protege diretamente a diversidade cultural nem consagra direitos das minorias<sup>1419</sup>, dela não decorrendo, *qua tale*, para os Estados-membros, uma obrigação de estabelecimento de regimes formais de protecção das minorias<sup>1420</sup>, sem que tal

---

<sup>1414</sup> Dando conta desta estrutura plural da protecção internacional da pessoa humana, JORGE MIRANDA, *Curso...*, cit., p. 293 ss.

<sup>1415</sup> Questão que nos abstemos de tratar aqui, remetendo para o vasto tratamento doutrinal de que é objeto e, *inter alia*, para KRISTIN HENRAD/ ROBERT DUNBAR, *Synergies...*, cit., ROBERTA MEDDA-WINDISCHER, *Old...*, cit., p. 94 ss., YVONNE DONDEES, *Towards a Right to Cultural Identity?*, Antuérpia/Oxford/ Nova Iorque, Intersentia/Hart, 2002, *passim*, PATRICK MACKELM, “Minority Rights and international law”, in *ICON*, vol. 6, 2008, p. 531 ss., NATAN LERNER, “Protección Internacional de la diversidad cultural”, in *PyD*, n.º 48, 2003, p. 143 ss.

<sup>1416</sup> *Vd.* Parte I, Cap. II.

<sup>1417</sup> KRISTIN HENRAD/ ROBERT DUNBAR, “Introduction...”, cit., p. 18 ss., notando igualmente que a divergência entre níveis de protecção, a diversidade de minorias existentes e das situações concretas da sua existência, bem como as características jurídicas e sociais dos Estados em que estão integradas, introduzem limites ao seu aprofundamento.

<sup>1418</sup> KRISTIN HENRAD/ ROBERT DUNBAR, “Introduction...”, cit., p. 11.

<sup>1419</sup> A CEDH privilegia os direitos dos indivíduos em detrimento dos direitos dos grupos, tendo por diversas vezes a ComEDH afirmado que a Convenção não reconhecia direitos às minorias. O caso *Chapman vs. RU* assinalou uma viragem favorável, como nota FLORENCE BENOÎT-RHOMER, “La Cour de Strasbourg et la protection de l’intérêt minoritaire: une avancée décisive sur le plan des principes? (En marge de l’arrêt *Chapman*)”, in *RTDH*, 2001, p. 999 ss., p. 999.

<sup>1420</sup> BRUNO DE WITTE, “European...”, cit., p. 722. A única excepção, ressalva, é a referência, no art. 14.º, à discriminação em razão da pertença a uma minoria nacional, que não tem,

tenha impedido o desenvolvimento de uma relevante jurisprudência de protecção dos direitos das minorias e da diversidade cultural, com base nos direitos de âmbito geral reconhecidos pela Convenção<sup>1421</sup>. Seguindo a proposta de EVA BREMS, que alude expressivamente à “força irradiante” do reconhecimento da diversidade cultural, a jurisprudência do TEDH com reflexo sobre a diversidade cultural pode ser analisada sob três ângulos possíveis: o da invocação direta dos direitos previstos na Convenção, por membros de minorias, como suporte de demandas orientadas para a protecção da diversidade, o do reconhecimento indireto da diversidade cultural no contexto de protecção de direitos humanos, através de recursos interpretativos que permitem uma sensibilidade cultural na interpretação e aplicação de normas de direitos humanos que não se destinam *qua tale* à protecção da diversidade, e, finalmente, o dos direitos humanos enquanto limite à expressão da diversidade cultural<sup>1422</sup>. Com efeito, a jurisprudência do TEDH ilustra, amplamente, a possibilidade de acomodar pretensões relativas à tutela da identidade e diversidade culturais através de uma estrutura de direitos gerais, ainda que, a nível processual, surjam limitações associadas ao mecanismo de queixa e ao conceito de vítima individual (ainda que entendido pelo TEDH de forma flexível), limitando a apreciação de violações com carácter estrutural<sup>1423</sup>.

---

todavia, tido impacto significativo. (vd. Protocolo Adicional nº 12 à CEDH, que Portugal assinou mas ainda não ratificou, vd. <http://conventions.coe.int>).

<sup>1421</sup> Para uma análise, *inter alia*, JULIE RINGELHEIM, *Diversité...*, cit., EVA BREMS, “Human...”, cit. e ROBERTA MEDDA-WINDISCHER, *Old...*, cit., p. 93 ss. (em articulação com outros níveis de protecção).

<sup>1422</sup> EVA BREMS, “Human...”, cit., p. 664. Uma perspectiva de análise alternativa, igualmente proposta pela autora (ob. cit., loc. cit., p. 664-666), poderia ser construída com base no nível em que a diversidade é experimentada: diversidade entre os diversos membros do CE, diversidade no contexto interno de um estado-parte e diversidade na interação entre Estados membros do CE e terceiros Estados.

<sup>1423</sup> BRUNO DE WITTE, “European...”, cit., p. 722. Note-se que, não obstante as limitações decorrentes do art. 34.º da CEDH, o TEDH já admitiu a legitimidade de comunidades enquanto tal (ComEDH, *Könkämä e outras 38 aldeias v. Suécia*, n.º 27033/95, 25/11/1996 e TEDH, *Muonio Saami Village v. Suécia*, n.º 28222/95, 15/02/2000) ou enquanto representantes dos seus aderentes (TEDH, *Metropolitan Church of Bessarabia e outros v. Moldávia*, n.º 45701/99, 13/12/2001). Foi, de resto, o conceito de vítima para os efeitos da CEDH – vítima directa e, excepcionalmente, vítima indirecta ou mesmo potencial – que justificou a decisão de inadmissibilidade nos casos *Liga Muçulmana e Oaurdiri v. Suíça*, em que o TEDH considerou inexistir ligação entre o requerente e o prejuízo resultante da violação, não prevendo a CEDH uma ação popular com vista a interpretar os direitos garantidos. Recentemente, em *Aksu vs. Turquia*, n.º 4149/04 e 41029/04, 15/03/2012, o TEDH, após afirmar a necessidade de interpretar de forma flexível o conceito de vítima, admitiu que o requerente, apesar de não ter sido pessoalmente visado, podia considerar-se

Todavia, o desenvolvimento de um direito de protecção das minorias<sup>1424</sup>, temporalmente coincidente com o despertar do interesse académico na questão<sup>1425</sup>, significou uma abordagem específica, designadamente em relação à conferida pelos direitos humanos em geral e, em especial, pelo princípio da não discriminação, baseando-se na sua insuficiência para a protecção das minorias, não permitindo contudo a protecção de todos os interesses destas (por exemplo, manter um especial estilo de vida), exigindo-se assim a complementação da abordagem assente nos direitos universais e na proibição de discriminação<sup>1426</sup>, tida por necessária, mas insuficiente<sup>1427</sup> para alcançar a acomodação da diversidade na sociedade multicultural, com o reconhecimento de direitos específicos de minorias<sup>1428</sup>. A

---

ofendido pelas afirmações dirigidas ao grupo étnico a que pertence (§3 e 4). Sobre o conceito de vítima, IRENEU CABRAL BARRETO, *A Convenção...*, cit., p. 377 ss.

<sup>1424</sup> Se a organização de um sistema internacional de protecção das minorias assenta no valor da diversidade cultural e na necessidade de proteger dimensões essenciais da identidade pessoal, partilhadas por todos, sejam membros de maiorias ou de minorias, afasta-se todavia dessa base universal, seja na medida em que se desenvolveu em torno de reivindicações específicas de determinadas minorias (v.g. as resultantes de conflitos etnonacionais na Europa pós-comunista), como amplamente sublinha WILL KYMLICKA, “La evolución...”, cit., p. 17 ss., seja na medida em que organiza uma protecção especial para os membros das minorias, registando-se a diversidade e ambiguidade que caracteriza a consagração dos “direitos” das minorias no direito internacional geral e também no europeu, *vd.* PATRICK MACKELM, “Minority...”, cit., p. 532, 536 ss.

<sup>1425</sup> Remetemos para o que se escreveu *supra*, Parte II, Cap. I, 1.

<sup>1426</sup> Sobre a dimensão de igualdade e não discriminação no direito internacional de âmbito universal e também regional (CE e UE), amplamente, ROBERTA MEDDA-WINDISCHER, *Old...*, cit., p. 94 ss., conferindo destaque não apenas à dimensão de discriminação em função de características culturais e raciais mas igualmente em função da nacionalidade, e aludindo aos parâmetros de admissibilidade jusinternacional de medidas de discriminação positiva. Quanto a estas, algumas abordagens incluem-nas nos direitos das minorias, ao passo que outras salientam a sua diferença estrutural assente, designadamente, na provisoriedade.

<sup>1427</sup> SINA VAN DER BOGAERT, “State Duty towards Minorities: Positive or Negative? How policies based on neutrality and non-discrimination fail”, *in* *ZaöRV*, n.º 64, 2004, p. 37 ss., p. 43 ss.

<sup>1428</sup> ROBERTA MEDDA-WINDISCHER, *Old...*, cit., p. 94. Sobre a questão, ainda SINA VAN DER BOGAERT, “State...”, cit., p. 43 ss. sustentando, na linha de JOSEPH MARKO, um modelo de protecção das minorias *lato sensu* assente em dois pilares, anti-discriminação e direitos específicos de minorias destinados a proteger e promover a sua identidade (protecção das minorias *lato sensu*), estes últimos contemplando medidas de ação afirmativa e outras medidas especiais (de apoio financeiro ou outras, como reconhecimento de um estatuto linguístico separado, reconhecimento do sistema de lei pessoal de um grupo religioso, uso da língua nos contactos com as autoridades públicas) de carácter não necessariamente temporário.



protecção das minorias pode, assim, resultar de uma combinação entre a abordagem dos direitos humanos e a abordagem do direito das minorias<sup>1429</sup>.

O reconhecimento de direitos a minorias enfrentou, todavia, dificuldades várias, desde o receio de instabilidade e secessão das minorias até dificuldades mais concretas, relacionadas, ora com a definição de minoria, ora com o reconhecimento de direitos coletivos. No que diz respeito à discussão sobre a admissibilidade de direitos coletivos<sup>1430</sup> - da qual é ilustrativa a diversidade de entendimentos suscitada pela interpretação do art. 27.º do PIDCP<sup>1431</sup> - existem, em síntese<sup>1432</sup>, dois entendimentos, um sustentando que é o grupo minoritário o beneficiário da protecção a conceder, outro alegando que os beneficiários são os indivíduos membros do grupo. Pode ainda identificar-se uma terceira via que, utilizando a fórmula “direitos individuais colectivamente exercidos” – o direito seria coletivo não por o seu titular ser o grupo, mas por serem coletivos o seu objeto, o interesse prosseguido ou o seu exercício –, relativiza a distinção no sentido de reconhecer que, tal como os indivíduos têm dimensões sociais e individuais, não há dicotomia entre dimensão individual e coletiva nem necessidade de escolher, devendo os dois tipos de direitos ser usados cumulativamente. A questão última é, antes, saber se os grupos são livres e se os membros desses grupos têm condições para viver em dignidade, designadamente mantendo e desenvolvendo a sua identidade<sup>1433</sup>.

O conceito de minoria permanece, contudo, nebuloso<sup>1434</sup>, refletindo igualmente as divergências, a que aludimos *supra*, quanto à admissibilidade de protecção de grupos e, ainda, quanto aos grupos (e suas características) relevantes para o efeito. JAVIER DE LUCAS alerta para dois lugares comuns que costumam

---

<sup>1429</sup> Tal é a proposta de ROBERTA MEDDA-WINDISCHER, *Old...*, cit., p. 30 ss.

<sup>1430</sup> V. *supra*, Parte II, Cap. II.

<sup>1431</sup> A este propósito, o Comité de Direitos Humanos, no seu *Comentário Geral n.º 23: Direitos das Minorias (art. 27.º)*, de 08/0/1994, alude a aspetos individuais e coletivos (§6.2), ainda que se discuta se e em que medida daí resultam direitos coletivos, *vd.*, por exemplo, JAVIER DE LUCAS, “Algunos problemas del Estatuto Jurídico de las minorías. Especial referencia a la situación en Europa”, in *RCEC*, n.º 15, 1993, p.97 ss., p. 118 e YASH GHAI, “Globalização...”, cit., p. 431 ss.

<sup>1432</sup> Seguimos ROBERTA MEDDA-WINDISCHER, *Old...*, cit., p. 101.

<sup>1433</sup> ROBERTA MEDDA-WINDISCHER, *Old...*, cit., p. 103.

<sup>1434</sup> Sobre a questão, ROBERTA MEDDA-WINDISCHER, *Old...*, cit., p. 40 ss., JAVIER DE LUCAS, “Algunos...”, cit., ANA MARIA MARCOS DEL CANO, “Inmigración y el derecho a la propia cultura”, in LAURA MIRAUT MARTÍN (ed.), *Justicia, migración y derecho*, Madrid, Dykinson, 2004, p. 91 ss., MARIA ISABEL GARRIDO GÓMEZ, “El interculturalismo...”, cit., p. 109 ss.

acompanhar a discussão do conceito, o da excepcionalidade das minorias e o da presunção de vitimização, salientando, em contrapartida, o carácter situacional, contextual e não absoluto do conceito<sup>1435</sup>. Uma noção de minoria terá, *inclusive*, de abarcar as diferentes formas pelas quais as minorias se geraram nas comunidades políticas, da conquista de territórios à imigração voluntária, bem como de dar conta do carácter híbrido e mutável das identidades culturais pessoais<sup>1436</sup>.

Ainda que a inexistência de um conceito jurídico-vinculativo único e estabilizado - designadamente, no plano convencional - represente, para alguns, um instrumento de necessária flexibilização da aplicação dos instrumentos internacionais de protecção relevante, subsiste o problema de a ausência de definição deixar nas mãos dos Estados a determinação do que sejam minorias, permitindo o desenvolvimento de um sistema *a la carte* e, conseqüentemente, assimétrico de tutela dos direitos, inconsistente com as exigências do princípio da igualdade de tratamento<sup>1437</sup>, o que leva a sustentar a necessidade de clarificação do conceito de minoria com vista à aplicação homogênea e consistente dos instrumentos de protecção dos direitos das minorias<sup>1438</sup>. A par das minorias tradicionais<sup>1439</sup>, a doutrina alude às “novas minorias” resultantes das migrações. Estas, para quem admita a sua autonomia como categoria científica, correspondem aos grupos resultantes da decisão de indivíduos e famílias de deixar a sua terra original (pátria) e emigrar para outro país, geralmente por razões económicas e, por vezes, também por razões políticas, aqui se incluindo, portanto, migrantes mas também refugiados, e seus descendentes, que

---

<sup>1435</sup> JAVIER DE LUCAS, “Algunos...”, cit., p. 99 ss.

<sup>1436</sup> Acentuando este aspecto, PATRÍCIA JERÓNIMO, “Minorias”, cit., p. 247.

<sup>1437</sup> Como exemplo, veja-se a disparidade de entendimentos manifestados pelos Estados parte na *Convenção Quadro para a Protecção das Minorias* quanto ao conceito de minoria, uma vez que a Convenção não oferece nenhuma definição. Para além de um “mínimo denominador comum” – tratar-se de grupos que partilhem uma etnicidade, língua ou religião diferentes dos da maioria – as diferenças de entendimento são assinaláveis, o que se reflete designadamente nas reservas formuladas. O Comité Consultivo tem sustentado a necessidade de um entendimento aberto e inclusivo do âmbito de aplicação, sem prejuízo da margem de apreciação estadual, *vd.* ROBERTA MEDDA-WINDISCHER, *Old...*, cit., p. 44 ss.

<sup>1438</sup> Neste sentido, ROBERTA MEDDA-WINDISCHER, *Old...*, cit., p. 48 ss. e PATRÍCIA JERÓNIMO, “Direitos das Minorias”, *in* *DJAP*, 3.º Sup., 2008, p. 372 ss.

<sup>1439</sup> *Id est*, “comunidades cujos membros têm uma linguagem e/ou cultura ou religião distintas em comparação com o resto da população”, reconhecendo-se a especificidade da questão dos povos indígenas na discussão em torno do conceito mais amplo de minorias étnicas, *vd.* ROBERTA MEDDA-WINDISCHER, *Old...*, cit., p. 40.

vivem, numa base mais ou menos transitória, noutra país que não o da sua origem<sup>1440</sup>. Estas colocam a questão de saber se devem ou não ser consideradas minorias para beneficiar da protecção através dos instrumentos internacionais, gerais ou específicos, de onde resultam disposições de protecção das minorias<sup>1441</sup>. A relevância factual da questão prova-se pelo facto de poderem considerar-se como principal causa de emergência de minorias, nos dias de hoje, os movimentos populacionais de grande escala entre países, devido a guerras, perseguições ou dificuldades económicas, daí resultando a importância (jurídico-política) de determinar se as definições e categorias que se aplicam às minorias “tradicionais” se aplicam também às novas minorias resultantes da imigração<sup>1442</sup>. Alguns autores pronunciam-se favoravelmente nesse sentido, com a eminente vantagem, do ponto de vista jurídico, de tal permitir a extensão, às “novas minorias”, dos direitos tradicionalmente reconhecidos às “velhas minorias” – extensão essa, em todo o caso, diferenciada<sup>1443</sup>, de forma a refletir as semelhanças e as diferenças entre os diversos tipos de minorias, também como imposição de tratamento igual. Este alargamento do conceito de minoria não é, porém, pacífico, traduzindo uma “rutura da igualdade” de tratamento entre diferentes

---

<sup>1440</sup> ROBERTA MEDDA-WINDISCHER, *Old...*, cit., p. 41.

<sup>1441</sup> Sobre a questão, ROBERTA MEDDA-WINDISCHER, *Old...*, cit., p. 40 ss. e RUDIGER WOLFRUM, “The emergence of “new minorities” as a result of migration”, in C. BRÖLMANN *et al.* (eds.), *Peoples and Minorities in International Law*, Kluwer, 1993, p. 153 ss.

<sup>1442</sup> ROBERTA MEDDA-WINDISCHER, “Legal indicators for social inclusion of new minorities generated by immigration”, in *EYMI*, vol. 2, 2002, p. 381 ss., p. 383.

<sup>1443</sup> A inclusão dos grupos imigrantes no âmbito de protecção dos direitos internacionalmente reconhecidos varia igualmente consoante os instrumentos em causa. Assim, a *Carta Europeia para as Línguas Regionais e Minoritárias* - em rigor, não um instrumento de direitos humanos ou de protecção das minorias, pois protege as línguas em si e não estabelece direitos para os falantes - visa apenas a regulação do uso das línguas no contexto da protecção da diversidade cultural, aplicando-se a línguas autóctones ou históricas e excluindo expressamente as línguas dos migrantes (art. 1.º). Esta exclusão, o requisito de que se trate de línguas faladas por cidadãos e a necessidade de ligação da língua ao território do Estado, o que implica o decurso de um período de tempo (als. a) e b) do art. 1.º), não retira utilidade à questão de saber se este instrumento pode ser aplicado às línguas das chamadas “novas minorias”, não sendo de excluir que possam gozar de protecção quando, pela passagem do tempo, possam considerar-se línguas tradicionalmente utilizadas no território do Estado - discutindo a questão, e pronunciando-se em sentido afirmativo, ROBERT DUNBAR, “The Council of Europe’s European Charter for Regional or Minority Languages”, in *Synergies...*, cit., p. 155 ss., p. 164-166.

grupos<sup>1444</sup> e revelando-se potencialmente perigoso para a proteção dos direitos das minorias tradicionais<sup>1445</sup>.

Ilustrando a convergência a que vimos aludindo, é possível identificar a confluência de elementos quantitativos e qualitativos na noção de minorias, bem como convergência de tratamento jurídico entre “novas” e “velhas” minorias<sup>1446</sup>, ao ponto de se afirmar que a questão deixa de ser, em rigor, a de saber se as novas minorias resultantes das migrações podem considerar-se minorias, antes delinear os exactos termos da sua protecção<sup>1447</sup>.

Passando em revista diferentes noções de minoria, detectam-se certos elementos comuns ou frequentes: (a) inferioridade numérica do grupo; (b) posição não dominante; (c) certas características (culturais, identitárias) distintas do resto da população, e (d) “sentido de solidariedade ou vontade de preservar as suas características”<sup>1448</sup>. As noções combinam, por regra, elementos quantitativos (quantidade *menor*) e elementos qualitativos, estes acentuando a partilha de características comuns e a situação de dependência e vulnerabilidade<sup>1449</sup>. Os requisitos da inferioridade numérica e da posição não dominante mostram-se, todavia,

---

<sup>1444</sup> GINEVRA CERRINA PERONI, “L’esperienza tedesca di multiculturalismo: società multiétnica e aspirazioni di identità etnoculturale”, in *Stato democratico e società multiculturale*, cit., p. 59 ss., p. 61-62.

<sup>1445</sup> WILL KYMLICKA, “La evolución ...”, cit., p. 23.

<sup>1446</sup> KRISTIN HENRAD/ ROBERT DUNBAR, “Introduction...”, cit., p. 8 ss. Sobre esta convergência, por todos, ROBERTA MEDDA-WINDISCHER, *Old...*, cit., *passim*.

<sup>1447</sup> KRISTIN HENRAD/ ROBERT DUNBAR, “Introduction...”, cit., p. 8 ss.

<sup>1448</sup> Seguimos SINA VAN DER BOGAERT, “State ...”, cit., p. 40. Podemos considerar como caindo no âmbito do conceito convencional de minoria resultante do Direito internacional o conceito (relevante de um ponto de vista jurídico-político) articulado por JAVIER DE LUCAS, “Algunos problemas...”, cit., p. 101, a partir de diversos instrumentos e documentos internacionais, assente nas seguintes características: “grupo cujo número é inferior ao do resto da população do Estado em que se encontra; grupo cujos membros se caracterizam por dois traços: um objectivo que permite a identificação da diferença (características étnicas, religiosas ou linguísticas diversas do resto da população) e outro subjectivo, habitualmente concretizado na vontade de afirmar, salvaguardar e desenvolver precisamente essa diferença – a sua cultura, tradição, religião ou língua - como elemento imprescindível do seu próprio desenvolvimento, do exercício da sua autonomia. Na realidade, a esse elemento subjectivo subjazem outros factores: em primeiro lugar, a consciência de grupo minoritário; depois, a vontade colectiva de pertença e realização da diferença; finalmente, a solidariedade interna que surge da comum identificação em redor da diferença específica. É necessário, além disso, que se trate de grupos que não tenham carácter dominante, ou, dito de outro modo, se trate de um grupo caracterizado também pela sua incapacidade de impor-se à maioria”.

<sup>1449</sup> ANA MARIA MARCOS DEL CANO, “Inmigración...”, cit., p. 91 ss.

excludentes, dada a existência de maiorias dominadas e minorias dominantes<sup>1450</sup>. A interpretação e a quantificação de alguns destes elementos (v.g. da vontade de preservação ou dos elementos comuns), não são inequívocas, sobretudo se o que está em causa é uma noção geral e abstrata de minoria; mas o facto de não existir – jurídica ou doutrinariamente – uma tal definição geral não tem sido obstáculo à aplicação dos regimes de protecção das minorias, nota SINA VAN DER BOGAERT<sup>1451</sup>.

A proposta de um modelo europeu de acomodação das minorias gizada por ROBERTA MEDDA-WINDISCHER ilustra as convergências referidas. A autora propõe uma noção abrangente de minoria, combinando elementos objetivos e subjetivos, como “qualquer grupo de pessoas, (i) residente, de forma permanente ou temporária, no território de um estado soberano, (ii) em menor número do que o resto da população do Estado ou de uma sua região, (iii) cujos membros partilham características comuns de natureza étnica, cultural, religiosa ou linguística que os distingue do resto da população e (iv) manifestam, ainda que apenas implicitamente, o desejo de ser tratados como um grupo distinto”<sup>1452</sup>. Trata-se de uma noção capaz de abranger minorias tradicionais e minorias resultantes de migração, permitindo a reivindicação de extensão, aos migrantes, de documentos internacionais de protecção das minorias, assim compensando a exiguidade das referências à identidade cultural nos instrumentos jurídicos de protecção específica dos migrantes<sup>1453</sup>, voltados essencialmente para o imigrante “trabalhador”. Esta proposta de unificação parte do pressuposto de que os grupos minoritários, oriundos ou não de migrações, partilham certas reivindicações comuns - direito à existência, igualdade de tratamento e não discriminação, direito à identidade e diversidade e participação efetiva na vida pública mantendo a própria identidade – sem que isso implique, todavia, que a protecção seja estendida uniformemente, antes exigindo diferenciação<sup>1454</sup>. A protecção de “novas” e

---

<sup>1450</sup> Veja-se a minoria branca no regime de *apartheid* da África do Sul. Dando conta este aspecto, entre outros, ROBERTA MEDDA-WINDISCHER, *Old...*, cit., p. 58 ss.

<sup>1451</sup> Assim, SINA VAN DER BOGAERT, “State...”, cit., p. 40.

<sup>1452</sup> ROBERTA MEDDA-WINDISCHER, *Old...*, cit., p. 63. Como escreve, ob. cit., p. 55 ss., a existência de uma minoria depende da combinação de um ou mais factores objectivos - características étnicas, culturais, religiosas ou linguísticas, cidadania, minoria numérica e posição não dominante - e um factor subjectivo - sentido de solidariedade, desejo de sobrevivência e auto-identificação.

<sup>1453</sup> ROBERTA MEDDA-WINDISCHER, *Old...*, cit., p. 63.

<sup>1454</sup> *Idem*, cit., p. 93 ss. Não se podendo aqui reproduzir a proposta autora, diga-se, em extrema síntese que, da análise das normas convencionais e da jurisprudência de Estrasburgo,

“velhas” minorias revela-se, pois, diferenciada<sup>1455</sup>, correspondendo às necessidades e características da minoria em causa e do seu contexto, por uma questão de igualdade substancial<sup>1456</sup>.

Regista-se ainda uma convergência em torno da necessidade de compatibilizar os objetivos de integração e coesão com a proteção da diversidade e identidade culturais e, por conseguinte, da integração sem assimilação forçada<sup>1457</sup>. Em especial, sustenta-se o reconhecimento de um direito à identidade – cujo respeito e proteção podem ser considerados elementos constitutivos do respeito pela dignidade humana<sup>1458</sup> - de carácter transversal, podendo sobrepôr-se às categorias de direitos económicos, sociais e culturais e de direitos civis e políticos, fazendo a mediação entre direitos individuais e direitos coletivos (pois tanto indivíduos como comunidades podem valer-se dele, e dada a importância da comunidade para o direito individual). A esta protecção da identidade associa-se, não apenas a protecção contra a assimilação, como ainda o direito a participar na vida cultural da comunidade, que resulta do art. 27.º da DUDH e, mais desenvolvidamente, dos art. 27.º do PIDCP e do

---

a autora retira um conjunto de princípios (p. 230 ss.) a que acresce um Decálogo de gestão da diversidade (*Diversity Management Decalogue*) que pode orientar a tomada de decisões, os operadores legais e sociais, e outros, quando colocados face a controvérsias e conflitos entre unidade e diversidade, sintetizado nas p. 237-238. O Decálogo e seus corolários constituem os princípios de gestão da diversidade e representam a base para o modelo de integração das minorias proposto, que se baseia num conjunto de princípios e orientações que atuam como filtro para as reivindicações, tradições e práticas das minorias, as quais serão admitidas e reconhecidas na sociedade apenas se forem compatíveis com estes princípios e níveis de protecção.

<sup>1455</sup> Assim, ROBERTA MEDDA-WINDISCHER, *Old...*, cit., 239 ss. e MARTIN SCHEININ, “The United ...”, cit., p.30-31, este último sublinhando que o facto de se adotar uma noção ampla de minoria não significa necessariamente que todo o grupo relevante tenha de receber exactamente o mesmo nível de protecção jurídica, *inclusive* através de obrigações positivas do Estado, pois as obrigações positivas podem depender de factores como o grau de permanência do grupo num determinado país, o tamanho do grupo e o seu grau de concentração territorial. O Comité de Direitos Humanos, no seu *Comentário Geral n.º 23*, cit., mostrou-se favorável à inclusão dos migrantes, ressalvado que a protecção abrange não cidadãos (§5).

<sup>1456</sup> A necessidade de completar uma abordagem genérica ou universalista dos direitos das minorias *lato sensu*, que trate identicamente todos os grupos minoritários, com uma abordagem diferenciada entre grupos, é, de resto, reconhecida seja por teóricos do multiculturalismo liberal seja pelo direito internacional, *vd.* WILL KYMLICKA, “Minority...”, cit., p. 381.

<sup>1457</sup> KRISTIN HENRAD/ ROBERT DUNBAR, “Introduction...”, cit., p. 8 ss. e ROBERTA MEDDA-WINDISCHER, *Old...*, cit., p. 103 ss. e 171 ss.

<sup>1458</sup> ROBERTA MEDDA-WINDISCHER, *Old...*, cit., p. 171 ss., aludindo a um direito à identidade e diversidade, assente, designadamente, no art. 27.º do PIDCP e em diversas disposições da Convenção Quadro para a Protecção das Minorias Nacionais.

art. 15.º do PIDESC<sup>1459</sup>, disposições estas geradoras de deveres de natureza variável, positivos e negativos, para os Estados<sup>1460</sup>.

Em especial, o Comité de Direitos Económicos Sociais e Culturais, esclarecendo o conteúdo normativo do direito a tomar parte na vida cultural<sup>1461</sup>, afirmou que a decisão de cada pessoa de tomar ou não parte na vida cultural, individual ou coletivamente, é uma decisão cultural e como tal deve ser reconhecida, respeitada e reconhecida em condições de igualdade (§7), bem como que se trata de um direito com uma dimensão individual e com uma dimensão coletiva, podendo ser exercido por uma pessoa enquanto indivíduo, em associação com outros ou numa comunidade ou grupo enquanto tal (§9)<sup>1462</sup>. O Comité interpreta em sentido amplo o

---

<sup>1459</sup> Estes dois instrumentos vieram, precisamente, desenvolver a proteção gizada na DUDH, adotada em 1948 pela AGNU sob a forma de declaração não vinculativa. A divisão dos direitos em dois instrumentos reflete, sem prejuízo da indivisibilidade, razões pragmáticas, associadas à estrutura dos direitos e modo de concretização, como dá conta JORGE MIRANDA, *Curso...*, cit., p. 320. Em termos processuais, registre-se a recente adoção do Protocolo Facultativo ao Pacto Internacional de Direitos Económicos, Culturais e Sociais, adotado pela AGNU, em Nova Iorque, em 10/12/2008, que Portugal aprovou por Resolução da AR n.º 3/2013 e ratificou por Decreto do PR n.º 12/2013, e que estabelece um mecanismo de comunicação de violações dos direitos previstos no PIDESC, exercido individual ou coletivamente, assim aproximando os dois Pactos no plano da garantia dos direitos.

<sup>1460</sup> Para uma discussão da questão à face do art. 27.º do PIDCP, SINA VAN DER BOGAERT, “State...”, cit., p. 57 ss. e *Comentário Geral n.º 23*, cit. Sem necessidade de explorar exaustivamente estas disposições, registre-se contudo que, se não é clara a interpretação do art. 27.º quanto aos deveres positivos daí decorrentes para os Estados, a doutrina tem daí retirado, sem prejuízo do reconhecimento do seu carácter programático e da necessidade de concretização da disposição, obrigações positivas horizontais e verticais, designadamente, atuação em prossecução de uma obrigação estadual de não discriminação subjacente como resultado da adoção de medidas domésticas e favor de maiorias e/ou minorias, ou, de forma mais progressista, deveres diretos de ação positiva para proteger a identidade de minorias na medida do necessário, de acordo com o Pacto como um todo, *id est*, uma “obrigação de o Estado atingir o objetivo referido através de medidas da sua escolha, tendo em vista as circunstâncias de facto diferenciadas”, *vd.* SINA VAN DER BOGAERT, “State...”, cit., p. 63. Já o PIDESC consagra expressamente o direito à cultura nas suas múltiplas vertentes, estabelecendo na al. a) do n.º 1 do art. 15.º que os Estados Parte reconhecem a todos o direito de participar na vida cultural. Consagrado essencialmente como liberdade, deste direito decorrem igualmente obrigações positivas (nos termos do art. 2.º) - assim, um Estado não cumpre a sua obrigação de reconhecer o direito a tomar parte na vida cultural apenas pela remoção de quaisquer barreiras formais à igual participação de cada um na vida cultural, impondo-se-lhe a adoção de medidas que promovam a participação na cultura e o acompanhamento de grau de efectividade dessa participação, *vd.* ROGER O’KEEFE, “The “Right to Take Part in Cultural Life” Under Article 15 of the ICESCR”, in *ICLQ*, 47, 1998, p. 904 ss., p. 905-6 e *Comentário Geral n.º 21*, cit.

<sup>1461</sup> *Vd.* *Comentário Geral n.º 21*, cit.

<sup>1462</sup> Sobre a questão, ROGER O’KEEFE, “The “Right...”, cit., p. 917-918 e MAJELLA NÍ CHRÍOCHÁIN, “Cultural...”, cit., p. 308.

conceito de cultura subjacente<sup>1463</sup>, acentuando ainda as dimensões de participação, acesso e contribuição para a vida cultural<sup>1464</sup>. Na perspectiva do Comité, este artigo protege grupos culturais vulneráveis ou em posição de desvantagem, como é o caso das minoras, migrantes e povos indígenas, abrangendo o direito das minorias e seus membros a tomar parte na vida cultural da sociedade mas também a conservar, promover e desenvolver a sua cultura (§ 32). Este direito “implica a obrigação dos Estados parte de reconhecer, respeitar e proteger as culturas minoritárias como componente essencial da identidade dos próprios Estados. Em consequência, as minorias têm direito à sua diversidade cultural, tradições, costumes, religião, formas de educação, línguas, meios de comunicação (...) e outras manifestações da sua identidade e pertença cultural” (§ 32). Este reconhecimento vem acompanhado de uma garantia de não assimilação<sup>1465</sup>. No que diz respeito aos migrantes - aí consagrados autonomamente, e não como minorias - o Comité enfatiza que os Estados devem prestar especial atenção às identidades culturais dos migrantes, bem como à sua língua, religião e folclore, e ao seu direito a dinamizar eventos culturais, artísticos e interculturais, não devendo impedir os migrantes de manter as suas ligações culturais com os seus países de origem (§ 34)<sup>1466</sup>.

Não obstante o que se vem dizendo, a categoria dos direitos humanos culturais, na qual se inclui este direito a tomar parte na vida cultural, foi votada a alguma incompreensão e negligência<sup>1467</sup>. As reservas dos Estados em relação aos direitos culturais estão relacionadas, não apenas com as dificuldades na definição do seu objecto dado o carácter esquivo da “cultura”, mas ainda com o receio de que a protecção da cultura possa gerar tensões sociais graves e pôr em risco a unidade e

---

<sup>1463</sup> Vd. *supra*.

<sup>1464</sup> MAJELLA NÍ CHRÍOCHÁIN, “Cultural...”, cit., p. 305.

<sup>1465</sup> Assim, nos termos do § 33, “*Minorities, as well as persons belonging to minorities, have the right not only to their own identity but also to development in all areas of cultural life. Any programme intended to promote the constructive integration of minorities and persons belonging to minorities into the society of a State party should thus be based on inclusion, participation and non-discrimination, with a view to preserving the distinctive character of minority cultures*”.

<sup>1466</sup> Vd. ainda, em especial, o § 55 relativo às obrigações nucleares imediatamente aplicáveis relacionadas com o direito a participar na vida cultural.

<sup>1467</sup> MAJELLA NÍ CHRÍOCHÁIN, “Cultural...”, cit., p. 292 ss. e YVONNE M. DONDEERS, *Towards...*, cit., p. 68. BEATRIZ GONZALEZ MORENO, *Estado de Cultura...*, cit., p. 87, nota que os direitos culturais são dos menos desenvolvidos e, por isso, mais carecidos de densificação.



coesão sociais, com a ameaça de contradição insanável entre direitos culturais e direitos humanos (com o espectro do relativismo por pano de fundo) <sup>1468</sup> e com uma reticência na identificação de uma função cultural do Estado <sup>1469</sup>, par de uma compreensão dos direitos culturais como “não prioritários” <sup>1470</sup>. As reservas dos Estados em relação aos direitos culturais estão também relacionadas com o receio de que a protecção da cultura possa gerar tensões sociais graves e por em risco a unidade e coesão sociais, bem como a ameaça de contradição insanável entre direitos culturais e direitos humanos (com o espectro do relativismo por pano de fundo) <sup>1471</sup>. Este estado de coisas alterou-se nos últimos anos, adivinhando-se hoje uma “nova era” para os direitos culturais – ao menos, ao nível da juspositivação que ora nos ocupa - de que é sinal a adoção do Comentário Geral n.º 21 ao PIDESC <sup>1472</sup> a que aludimos.

A protecção das identidades culturais remete, igualmente, para a protecção das expressões culturais, que pode ter lugar através da protecção do património cultural material e imaterial <sup>1473</sup>; por outro lado, a sua protecção não se relaciona apenas com

---

<sup>1468</sup> YVONNE M. DONDERS, *Towards...*, cit., p. 68, BEATRIZ GONZALEZ MORENO, *Estado...*, cit., p. 96 e MAJELLA NÍ CHRÍOCHÁIN, “Cultural...”, cit., p. 292 ss.

<sup>1469</sup> Explorando as razões, BEATRIZ GONZALEZ MORENO, *Estado...*, cit., p. 92 e segs.

<sup>1470</sup> MAJELLA NÍ CHRÍOCHÁIN, “Cultural...”, cit., p. 292 ss.

<sup>1471</sup> YVONNE M. DONDERS, *Towards...*, cit., p. 68, BEATRIZ GONZALEZ MORENO, *Estado...*, cit., p. 96 e MAJELLA NÍ CHRÍOCHÁIN, “Cultural...”, cit., p. 292 ss.

<sup>1472</sup> MAJELLA NÍ CHRÍOCHÁIN, “Cultural...”, cit., p. 298 ss.

<sup>1473</sup> Sobre esta, *vd.*, entre nós, CASALTA NABAIS, *Introdução ao direito do património cultural*, Coimbra, Almedina, 2010 e JOÃO MARTINS CLARO, “Aspectos jurídicos do património cultural imaterial”, *Museus e Património Imaterial: agentes, fronteiras, identidades*, Lisboa, 2009, p. 141 ss. Em especial, refira-se a aprovação, em 2003, pela UNESCO, da Convenção para a Salvaguarda do Património Cultural Imaterial (que entrou em vigor em 2006 e da qual Portugal é parte, tendo começado a vigorar em 21/08/2008) nos termos da qual integram o património cultural imaterial as práticas, representações, expressões, conhecimentos e aptidões – bem como os instrumentos, objectos, artefactos e espaços culturais que lhes estão associados – que as comunidades, os grupos e, sendo o caso, os indivíduos reconheçam como fazendo parte integrante do seu património cultural (art. 2.º). VALERIA DE SANTIS, “Eredità...”, cit., p. 563, sublinha, apoiando-se no entendimento que resulta, desde logo, do art. 1.º da Convenção, que a salvaguarda do património cultural imaterial está estritamente relacionada com a protecção da identidade dos povos e dos seus diversos patrimónios de conhecimentos e de tradições. A Convenção ressalva a necessidade de articular o reconhecimento das tradições com o respeito pelos direitos humanos, *vd.* VALENTINE MOGHADAM/ MANILEE BAGHERITAI, “Cultures, Conventions, and the Human Rights of Women: Examining the Convention for Safeguarding Intangible Cultural Heritage, and the Declaration on Cultural Diversity”, *Museum International*, vol. 59, 2007, p. 9-18.

os direitos humanos, mas ainda com o desenvolvimento, se entendido numa perspetiva não estritamente económica<sup>1474</sup>.

Finalmente, foi já identificada a emergência de um *sistema europeu de proteção das minorias*<sup>1475</sup>, assente em três pilares complementares: a CEDH<sup>1476</sup>, as “convenções gémeas” do CE (que vão além daquela, consagrando direitos específicos das minorias), que são a *Convenção Quadro para as Minorias Nacionais*<sup>1477</sup> e a *Carta Europeia para as Línguas Minoritárias e Regionais*<sup>1478</sup>, e o direito da UE, sobretudo através do desenvolvimento da política anti-discriminatória. O desenvolvimento deste sistema europeu de proteção assenta no estabelecimento de um nível de proteção europeu, v.g. no que diz respeito aos direitos religiosos e linguísticos, que resulta não apenas da adoção de instrumentos jurídicos que reconhecem direitos especiais<sup>1479</sup>, mas também de outros mecanismos de proteção que não assumem a forma de reconhecimento de direitos<sup>1480</sup> e ainda do desenvolvimento jurisprudencial, *maxime* o levado a cabo pelo TEDH.

A UE - um mosaico cultural, composto por uma diversidade de Estados, de pessoas e de minorias nacionais no interior dos Estados<sup>1481</sup> - assumiu, nos últimos anos, um papel mais ativo em domínio considerados essenciais para as minorias (*lato sensu*, ou seja, incluindo novas e velhas minorias<sup>1482</sup>) e da diversidade cultural, em

---

<sup>1474</sup> BEATRIZ GONZÁLEZ MORENO, *Estado...*, cit., p. 106 ss.

<sup>1475</sup> BRUNO DE WITTE, “European minority rights”, in *Cultural Diversity...*, cit., p. 717 ss.

<sup>1476</sup> *Convenção Europeia para a Salvaguarda dos Direitos e Liberdades Fundamentais*), aprovada no âmbito do CE em 1950. A CEDH foi, entre nós, aprovada para ratificação pela Lei n.º 65/ 78 de 13/10, tendo entrado em vigor em Portugal em 9/11 desse ano.

<sup>1477</sup> Adotada e aberta à assinatura em Estrasburgo, a 1/02/1995, entrou em vigor na ordem internacional a 1/02/1998. Portugal ratificou-a em 7/05/2002, e entrou em vigor em 01/09 desse ano.

<sup>1478</sup> Adotada em 25/06/1992 pelo Comité de Ministros do CE e aberta para assinatura em 5/11 desse ano, entrou em vigor em 01/03/1998, e da qual Portugal não é, à data (25/07/2013), parte (vd. [www.conventions.coe.int](http://www.conventions.coe.int)).

<sup>1479</sup> Refira-se aqui, para além das Convenções vistas e de um ponto de vista procedimental, a Convenção do CE sobre a participação de estrangeiros na vida pública ao nível local, aberta à assinatura em 05/02/1992, e que entrou em vigor em 01/05/1997, e da qual Portugal não é, à data (25/07/2013), parte (vd. [www.conventions.coe.int](http://www.conventions.coe.int)).

<sup>1480</sup> Como salienta KRISTIN HENRARD, “A patchwork...”, cit., p. 360 ss.

<sup>1481</sup> AMELIA PÉREZ DE MADRID, “Minorías y Unión Europea: implicaciones jurídico-políticas de la ampliación de la Unión al Centro y Este de Europa”, in *RDCE*, n.º 21, 2005, p. 485 ss.

<sup>1482</sup> Como nota AMELIA PÉREZ DE MADRID, “Minorías...”, cit., p. 496 ss., a preocupação com as minorias chegou ao direito eurocomunitário ora pela via das *minorias nacionais* suscitada a

especial através do desenvolvimento do direito antidiscriminatório, do respeito pela diversidade cultural no seio da UE e pelos seus estados-membros, do reforço do estatuto dos nacionais de países terceiros e das preocupações com a integração de imigrantes e a coesão social e económica<sup>1483</sup>, às quais acrescentaríamos a visibilidade recentemente conferida à proteção da minoria Roma<sup>1484</sup>.

Para além da proteção outorgada no plano do direito originário<sup>1485</sup>, na CDFUE, tornada vinculativa pelo Tratado de Lisboa<sup>1486</sup>, acrescentando à protecção resultante da proibição de discriminação (art. 21.º), estabelece-se que a UE respeita a diversidade cultural, religiosa e linguística (art. 22.º), valor a proteger nas políticas públicas das instituições europeias e estaduais<sup>1487</sup>. É duvidoso o alcance do art. 22.º e, em especial, saber se fornece uma base para o reconhecimento de direitos das

---

propósito da adesão, como estados membros, de países da Europa Central e de Leste no rescaldo da queda do comunismo, tendo a política de adesão condicionada (vd. Critérios de Copenhaga) proporcionado ao direito da UE a oportunidade para se tornar fonte de direitos relevantes para os membros de minorias, ora pela via dos direitos de nacionais de países terceiros.

<sup>1483</sup> BRUNO DE WITTE/ENIKO HORVÁTH, “The many faces of minority policy in the EU”, in *Synergies...*, cit., p. 365 ss.

<sup>1484</sup> BRUNO DE WITTE, “European...”, cit., p. 735. Vd. ainda Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social e ao Comité das Regiões, COM(2011) 173 final, 5/4/2011, *An EU Framework for National Roma Integration Strategies up to 2020* e, em Portugal, a Resolução do Conselho de Ministros n.º 25/2013, aprovando a *Estratégia Nacional para a Integração das Comunidades Ciganas (2013-2020)*.

<sup>1485</sup> O Tratado de Lisboa introduziu a referência expressa aos direitos das pessoas pertencentes a minorias no art. 2.º (1.ª parte, *in fine*) do TUE, que deve ser lido articuladamente com o art. 7.º (violação dos valores do art. 2.º) e com o art. 49.º (adesão à UE). Veja-se ainda a referência ao respeito pela “riqueza da sua diversidade cultural e linguística” (art. 3.º/3 TUE) e ao respeito pela identidade nacional dos Estados Membros (art. 4.º/2 TUE), bem como competência para o combate à discriminação em função da raça ou origem étnica, religião ou crença (art. 19.º TFUE) Mantém-se igualmente a “cláusula de declaração de impacto cultural” (art. 167.º/4 TFUE).

<sup>1486</sup> Nos termos do n.º 1 do art. 6.º do TUE, a UE reconhece os direitos, liberdades e princípios enunciados na Carta, aprovada em Nice em 2000, com as alterações introduzidas em 2007, e reconhece-lhe “o mesmo valor jurídico que os Tratados” (vd. ainda a Declaração n.º 1 sobre a Carta). Veja-se todavia o Protocolo relativo ao Reino Unido e à Polónia.

<sup>1487</sup> Assim, GERARDO RUIZ-RICO RUIZ, “Introducción...”, cit., p. 9 ss. Para este autor, a consagração do princípio da diversidade cultural, religiosa e linguística no art. 22.º da CDFUE traduz uma síntese das tradições culturais-constitucionais que acabaram por configurar o catálogo de direitos fundamentais da Carta, pelo que a melhor interpretação é a que vê nesse compromisso fundacional comunitário não apenas o respeito pelas culturas nacionais, mas igualmente pelas minorias internas dentro de cada Estado. Sobre o alcance desta disposição, por todos, PATRÍCIA JERÓNIMO, “O princípio da diversidade e o Direito da União. Breves notas sobre o artigo 22.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia”, in *RFDUP*, IX, 2012, p. 245 ss.

minorias<sup>1488</sup>. No entanto, a CDFUE deve ser considerada apenas *um* momento na protecção comunitária da diversidade cultural - assim entende GUIDO SCHWELLNUS, o qual, depois de identificar a prevalência, no *acquis communautaire*, da abordagem liberal assente na não discriminação, identifica três “pontos de ressonância”, possíveis caminhos para o desenvolvimento de uma protecção normativa das minorias da UE, quais sejam, para além do referido princípio da não discriminação, o princípio da protecção da diversidade cultural (ambos com apoio no direito originário e derivado) e a luta contra o racismo e a xenofobia<sup>1489</sup>. Refira-se que o contributo representado pelo desenvolvimento do direito antidiscriminatório eurocomunitário<sup>1490</sup>, ainda que fragmentário, conduziu a mudanças significativas no contexto europeu, designadamente na densificação das “cláusulas suspeitas” e na protecção da discriminação indirecta, bem como no reforço da dimensão de garantia e da eficácia horizontal da proibição de discriminação<sup>1491</sup>, ainda que BRUNO DE WITTE aponte, como limite, a dificuldade de reconhecimento de medidas de discriminação positiva de grupos em posição de desvantagem estrutural e sua compatibilização com o princípio da igualdade<sup>1492</sup>.

---

<sup>1488</sup> Sobre a questão, e pronunciando-se em sentido negativo, PATRÍCIA JERÓNIMO, “O princípio...”, cit., p. 257 ss. e ANA MARIA GUERRA MARTINS, *A igualdade e a não discriminação dos nacionais de Estados terceiros legalmente residentes na União Europeia*, Coimbra, Almedina, 2010, p. 474 ss.

<sup>1489</sup> Sobre a protecção das minorias na UE, seja indirectamente através de direitos fundamentais como a liberdade religiosa ou a liberdade de expressão, seja directamente, vd. GUIDO SCHWELLNUS, “*Much ado about nothing?*” *Minority Protection and the EU Charter of Fundamental Rights*, ConWEB-Web n.º 5/2001, disponível em <http://www.qub.ac.uk/> [15/07/2013]. Vd. ainda YVONNE DONDEERS, “The Protection of Cultural Rights in Europe: None of the EU’s Business?”, in *MJECL*, vol. 10, 2003, p. 117 ss. e AMELIA PÉREZ DE MADRID, “Minorías ...”, cit., p. 519 ss.

<sup>1490</sup> Aí avultando a Diretiva 2000/78/CE do Conselho, de 27/11, que estabelece um quadro geral de igualdade de tratamento no emprego e actividade profissional (*Diretiva Emprego*), e a Diretiva 2000/43/CE do Conselho, de 29/06, que aplica o princípio da igualdade de tratamento entre as pessoas, sem distinção de origem étnica ou racial (*Diretiva Raça*). Vd. CARLA AMADO GOMES/ ANABELA COSTA LEÃO, *A condição...*, cit., p. 45 ss. e ANA MARIA GUERRA MARTINS, *A igualdade...*, cit., p. 477 ss.

<sup>1491</sup> BRUNO DE WITTE, “European...”, cit., p. 734 ss.

<sup>1492</sup> A ação positiva não é nem exigida nem abertamente proibida pelo Direito Europeu, mas a Diretiva Raça parece encorajar a adopção dessas medidas face a grupos minoritários, vd. BRUNO DE WITTE, “European...”, cit., p. 735.

Em suma, do direito internacional e eurocomunitário resulta um princípio da proteção da diversidade cultural<sup>1493</sup>, que combina proteção específica das minorias e proteção dos direitos humanos, proteção objetiva e proteção subjetiva, proteção individual e proteção colectiva das diferentes dimensões relevantes para o desenvolvimento da personalidade cultural humana.

Em todo o caso, a possibilidade de reconstrução de um específico *direito humano* à identidade cultural – e não, note-se, o valor dessa identidade cultural ou a necessidade do seu reconhecimento jurídico - pode ser discutida. Assim, YVONNE DONDERS sustenta que, não obstante ser claro que a identidade cultural é um elemento da dignidade da pessoa humana que deve ser protegido, é discutível saber até que ponto é necessário afirmar um *direito autónomo à identidade cultural*, uma vez que esta é protegida, directa ou indirectamente, por diversos direitos humanos, beneficiando ainda da proteção estadual dos diversos aspectos relacionados com a proteção da identidade cultural, complementada pelo desenvolvimento da dimensão cultural dos demais direitos humanos<sup>1494</sup>. A autora acentua a dimensão objetiva da sua consagração em termos internacionais e, estribando-se na necessidade de uma abordagem moderada quanto à proliferação de direitos humanos<sup>1495</sup>, considera que traduzir a identidade cultural num direito autónomo não é “nem desejável nem necessário”: não é desejável uma vez que o conceito de identidade cultural é demasiado vago e amplo para fundar um direito humano autónomo e a sua tradução num direito correria o risco de suprimir ou fragilizar os direitos e liberdades individuais no contexto cultural<sup>1496</sup>, não sendo sequer necessário pois os direitos culturais *lato sensu* existentes já oferecerem possibilidades de protecção da identidade

---

<sup>1493</sup> *Vd.*, em especial, a *Declaração sobre a responsabilidade das gerações presentes para com as gerações futuras* (1997), a *Declaração universal sobre a diversidade cultural* (2001), e a *Convenção sobre a protecção e promoção da diversidade de expressões culturais* (2005). Esta última (e respetivo anexo) foi aprovada pela AR em 11/01/2007 (Resolução n.º 10-A/2007), ratificada pelo PR em 2/03/2007 e publicada no DR em 16/03/2007 (Decreto do PR n.º 27-B/2007).

<sup>1494</sup> YVONNE DONDERS, *Towards...*, cit., p. 335 ss.

<sup>1495</sup> *Idem*, cit., p. 337, sustenta que os novos direitos devem apenas ser desenvolvidos se acrescentam realmente algo aos direitos humanos existentes, se existe suficiente consenso entre Estados e se são suficientemente claros para fundar direitos e obrigações. Sobre a abordagem moderada, *vd. supra*, Parte I, Cap. II, 1.

<sup>1496</sup> Sendo que YVONNE DONDERS, *Towards...*, cit., p. 338, sustenta que o que é decisivo não é apenas a amplitude e o carácter vago do conceito de identidade cultural, mas o *risco de abuso*, por exemplo supressão de direitos e liberdades individuais.

cultural<sup>1497</sup>. Propõe, em contrapartida, que a identidade cultural seja utilizada como “princípio *emergente* de Direito dos direitos humanos para a interpretação, desenvolvimento e implementação dos direitos humanos, especialmente dos direitos culturais”<sup>1498</sup>, formulado não como *direito* mas como “*liberdade* de identidade cultural”, da qual resultam obrigação positivas e negativas para o Estado (obrigações de respeito, proteção e promoção da identidade cultural) com características que o aproximam de um princípio em sentido *dworkiniano*, capaz de recuperar a indivisibilidade dos direitos humanos ao aplicar-se a todos os direitos.

## 1.2. Nota breve sobre os direitos estrangeiros

Atualmente, praticamente todos os países enfrentam a realidade da diversidade cultural, como “conceito que descreve a presença e, crescentemente, a afirmação, de diversas culturas no âmbito das fronteiras de comunidades políticas particulares”, na Europa em grande medida resultado das migrações pós-II GGM e, fora da Europa, em relação com o passado colonial de muitos dos países<sup>1499</sup>.

O “reconhecimento”, jurídico e institucional<sup>1500</sup>, das pretensões relacionadas com “novos direitos” e, em especial, com a “identidade” – as quais, como vimos, são, elas mesmas, diversificadas – pode assumir diferentes modalidades e intensidades. Um périplo breve pelo direito estrangeiro<sup>1501</sup> permite corroborar a afirmação de que os diferentes Estados lidam de forma diferente com a diversidade cultural. A projeção, no plano constitucional, dessa diversidade, reflete as diferentes minorias existentes e o contexto do seu surgimento, bem como a auto-compreensão identitária de cada Estado, espelhada na sua constituição.

Retomando as considerações de MARIE-CLAIRE FOBLETS, JEAN-FRANÇOIS GAUDREAU-DESBIENS e ALISON DUNDES RENTELN, uma análise dos desafios

---

<sup>1497</sup> YVONNE DONDEERS, *Towards...*, cit., p. 337.

<sup>1498</sup> *Idem*, cit., p. 340 e segs.

<sup>1499</sup> MARIE-CLAIRE FOBLETS/ JEAN-FRANÇOIS GAUDREAU-DESBIENS/ ALISON DUNDES RENTELN, “Introdução”, in *Cultural Diversity ...*, cit., p. XIII. *Vd. ainda supra*, Parte II, Cap. I, 1.

<sup>1500</sup> Sobre a questão, CRISTINA QUEIROZ, *Direitos fundamentais...*, cit., p. 292 ss.

<sup>1501</sup> Uma análise compreensiva, e não circunscrita à Europa, pode ver-se em MARIE-CLAIRE FOBLETS/ JEAN-FRANÇOIS GAUDREAU-DESBIENS/ ALISON DUNDES RENTELN, *Cultural Diversity...*, cit. e em JULIE RINGELHEIM (dir.), *Le droit...*, cit.

colocados pelo “encontro de culturas” e de sistemas jurídicos passa por determinar, para cada país, as condições de desenvolvimento de um modelo sustentável de gestão da diferença (o que vai para além da análise jurídica estrita, suscitando questões de sociologia e antropologia jurídica comparada)<sup>1502</sup> e os *limites* do direito à diferença, esta já uma questão estritamente jurídica, na medida em que resulta da necessidade de reconciliar os direitos fundamentais com o interesse público e a exigência de coesão<sup>1503</sup> e, cumpre acrescentar, entre si.

Ora, do carácter cultural do direito resultam limites à transposição de soluções entre sistemas jurídicos, tanto mais quanto é certo que o direito não apenas responde à evolução das circunstâncias sociais, antes é também “apropriado e instrumentalizado para finalidades externas às suas racionalidades específicas”<sup>1504</sup>. Se tentar identificar “modelos normativos transplantáveis para gestão da diversidade” pode revelar-se empresa fútil<sup>1505</sup>, já não se afigura fútil o recurso ao direito estrangeiro como forma de “alargamento de razões”<sup>1506</sup>, pelo que é nesse sentido que o invocamos, *pari passu*.

Neste sentido, sem preocupações de comparação sistemática (que logo arredámos na Introdução), verifica-se um grau de permeabilidade diferenciado dos textos constitucionais às questões culturais; a proteção da diversidade e da identidade cultural realiza-se de forma diferente consoante o tipo de diversidade em causa, v. g. minorias nacionais, imigradas ou comunidades indígenas<sup>1507</sup>, que poderão ou não coexistir no território do Estado<sup>1508</sup>, mas certos princípios desenvolvidos para o enquadramento de questões relacionadas com minorias já existentes podem estender-

---

<sup>1502</sup> *Vd. supra*, Parte II, Cap. II, em especial 3 ss.

<sup>1503</sup> MARIE-CLAIRE FOBLETS/ JEAN-FRANÇOIS GAUDREAU-DESBIENS/ ALISON DUNDES RENTELN, “Introdução”, cit., p. XVI-XVIII.

<sup>1504</sup> JEAN-FRANÇOIS GAUDREAU-DESBIENS, “Introduction to Part I”, in *Cultural Diversity...*, cit., p. 3.

<sup>1505</sup> *Idem*, cit., p. 3.

<sup>1506</sup> No sentido a que aludimos *supra*, Parte I, Cap. II, 4.2.

<sup>1507</sup> A experiência latino-americana é rica no tratamento da relação jurídica entre ordens normativas nativas e ordens constitucionais dos Estados, DANIEL BONILLA MALDONADO, *La constitución...*, cit., p. 114 ss. e MARCELO NEVES, *Transconstitucionalismo*, cit., p. 218 ss.

<sup>1508</sup> Veja-se o exemplo do Canadá, cuja “identidade multicultural” abrange os dois povos fundadores, os povos aborígenes e os imigrantes. Sobre o modelo do Canadá, *vd.* YASH GHAI, “Globalização...”, cit., p. 445 ss., TANIA GROPPI, “Il multiculturalismo...”, cit., p. 17 ss. e GIANCARLO ROLLA, “Tutela...”, cit., p. 131 ss.

se a novas minorias<sup>1509</sup>. As respostas a essa diversidade articulam soluções de diversa natureza, desde a densificação culturalista dos direitos fundamentais e a tutela conferida pela proibição de discriminação até ao reconhecimento do pluralismo normativo e de regimes de autonomia de base pessoal ou de base territorial. A tensão que a acomodação supõe, entre igualdade e diferença, reflete-se na relevância assumida pela proibição de discriminação, bem como no reconhecimento de direitos especiais a determinadas minorias, v.g. o reconhecimento de direitos linguísticos. A dialética entre igualdade formal e material, não discriminação e diferenciação, revela-se como um aspecto fundamental na acomodação da diversidade cultural, cuja relevância se discute frequentemente por referência à dicotomia “espaço público” vs. “espaço privado”<sup>1510</sup>. Em consequência do “regresso do religioso”, a liberdade religiosa e os modelos de articulação e/ou separação entre as confissões religiosas e o Estado assumem um papel especialmente relevante na discussão sobre a acomodação da diversidade cultural em sentido amplo<sup>1511</sup>, sobressaindo a posição da liberdade religiosa como “direito forte”, capaz de acomodar muitas pretensões que, de outro modo, seriam irrelevantes do ponto de vista dos direitos fundamentais<sup>1512</sup>. O reconhecimento da diversidade cultural relaciona-se, por seu turno, com a questão da identidade nacional e constitucional<sup>1513</sup>, verificando-se ainda que o surgimento e evolução dos modelos de gestão da diversidade cultural não corresponde, necessariamente, a algo de espontâneo, antes pode assumir a natureza de política pública, alçada a princípio constitucional<sup>1514</sup>, bem como não encarna necessariamente

---

<sup>1509</sup> WALTER KÄLIN, *Grundrechte...*, cit., p. 16 ss.

<sup>1510</sup> Assim, v.g., quanto à Holanda, B. P. VERMEULEN, “On freedom, equality and citizenship. Changing fundamentals of Dutch minority policy law (immigration, integration, education and religion), in *Cultural Diversity...*, cit., p. 45 ss. e, quanto à França, SUSANNA MANCINI, “La Francia..”, cit., p. 98 ss.

<sup>1511</sup> Assim, por exemplo, MATHIAS ROHE, “On the recognition and institutionalisation of Islam in Germany”, in *Cultural Diversity...*, cit., p. 145 ss., MARIA ELÓSEGUI/ CESAR ARJONA, “Law and cultural diversity in Spain”, in *Cultural Diversity...*, cit., p. 345 ss. e GIOVANNI MARIA FLICK, “Minoranze...”, cit., p. 19.

<sup>1512</sup> Assim o sublinha, *inter alia*, WALTER KÄLIN, *Grundrechte...*, cit., p. 15, com base na análise de casos por si efetuada.

<sup>1513</sup> *Vd.* B. P. VERMEULEN, “On freedom...”, cit. e SUSANNA MANCINI, “La Francia..”, cit., p. 98 ss.

<sup>1514</sup> Salientando este aspecto quanto ao Canadá, TANIA GROPPI, “Il multiculturalismo...”, cit., p. 17.



a procura de um ideal de justiça social, antes corresponde a considerações pragmáticas de estabilidade e segurança<sup>1515</sup>.

## **2.Coordenadas para a compreensão da relevância constitucional da identidade e diversidade culturais (proposta de abordagem)**

### **2.1.O Estado adjetivado<sup>1516</sup>**

Se as lutas pelo reconhecimento se desenvolvem na arena jurídica e na arena política - aí avultando mais uma vez a capacidade das democracias para absorver e responder às diferentes reivindicações e, por conseguinte, a capacidade de inclusão das questões de identidade e reconhecimento no debate público<sup>1517</sup>, que comporta o risco de subordinar o seu reconhecimento a critérios de oportunidade<sup>1518</sup> -, o reconhecimento jurídico pressupõe, não apenas a “positivação” dos direitos e posições jurídicas substantivas correspondentes, mas igualmente a sua complementação com dimensões procedimentais e processuais<sup>1519</sup>.

A “positivação” pode ter lugar através da adoção expressa de disposições constitucionais destinadas a reconhecer “pretensões” específicas (v.g. cláusulas de proteção de minorias étnicas), mas igualmente através do poder legislativo, cabendo à lei plasmar opções políticas fundamentais da comunidade, ainda que possa discutir-se a sua centralidade nos dias de hoje. Por seu turno, à função jurisdicional mas, também, à administrativa, cabe igualmente - em moldes diferentes, é certo - uma função de proteção dos direitos fundamentais<sup>1520</sup>. À abertura a uma interpretação

---

<sup>1515</sup> JEAN-FRANÇOIS GAUDREAU-DESBIENS, “Introduction...”, cit., p. 15-16 e o que se escreveu *supra*, Parte II, Cap.II, 3 e ss.

<sup>1516</sup> Aludimos aqui a CÂNDIDO DE OLIVEIRA, “Estado de Direito sem adjetivos”, in *RFDUP*, Ano VII, 2010 (n.º especial), p. 11 ss., querendo, assim, defender que o Estado de Direito tem conteúdo suficiente para dispensar adjetivos.

<sup>1517</sup> *Vd. supra*, Parte II, Cap.II.

<sup>1518</sup> *Vd. supra*, Parte I, Cap.II., 5.

<sup>1519</sup> CRISTINA QUEIROZ, *Direitos fundamentais*, cit., p. 292 ss.

<sup>1520</sup> *Vd.* JÓNATAS MACHADO, “Minorias religiosas, liberdade de culto e propriedade horizontal”, in *CJA*, n.º 42, 2003, p. 35 ss., p. 43 ss.

constitucional inclusiva, concretizada na “densificação culturalista”<sup>1521</sup> dos conceitos constitucionais, *maxime* dos preceitos relativos a direitos fundamentais<sup>1522</sup>, acresce a interpretação e aplicação do direito infraconstitucional tendo em conta as normas de direitos fundamentais relevantes.

A acomodação da diversidade cultural é, por isso, tarefa de todos os poderes públicos, no quadro da constituição - à qual, de acordo com a posição que adotámos, cabe enquadrar o pluralismo cultural - sendo todavia útil retomar as teorias das funções do Estado, bem como o sentido da vinculação dos poderes públicos aos direitos fundamentais<sup>1523</sup>, para compreender que as questões de reconhecimento se colocam em momentos diferentes, sendo respondidas em termos funcionalmente diferenciados, avultando aí, tradicionalmente, a questão da relação entre legislador e poder judicial.

Numa constituição *compromissória*<sup>1524</sup> e *pluralista* como a constituição portuguesa, uma compreensão do sistema de direitos fundamentais atenta à sua multidimensionalidade responde à questão de saber qual a melhor teoria para a interpretação da constituição negando a possibilidade de uma resposta definitiva – não há a melhor teoria, antes o texto se abre, em maior ou menor grau, aos contributos

---

<sup>1521</sup> Neste sentido, PATRÍCIA JERÓNIMO, “Direito...”, cit., p. 355 e 374 ss. GIANCARLO ROLLA, “Tutela...”, cit., p. 143, sublinha a opção pela constitucionalização, no Canadá, do princípio multicultural de interpretação dos direitos fundamentais, discutindo a utilidade de uma “fórmula” como esta nos ordenamentos constitucionais europeus. Sobre a identidade cultural como princípio de interpretação, *vd. supra*, no Cap. anterior, a proposta de YVONNE DONDEERS.

<sup>1522</sup> Entre nós, PATRÍCIA JERÓNIMO, “Direito...”, cit., p. 374 ss., escreve que o sistema constitucional se mostra apto a tutelar as identidades culturais minoritárias, dada a centralidade assumida pela dignidade da pessoa humana, a abertura potenciada pela cláusula aberta do art. 16.º/1 e a proteção conferida pelo princípio da igualdade, pelo direito ao livre desenvolvimento da personalidade e pela liberdade de consciência, de religião e de culto. Também CRISTINA QUEIROZ, *Direitos fundamentais...*, cit., p. 297, nota mostrarem-se “particularmente operativas” para a tutela das minorias de origem imigrante, sejam ou não como tal designadas, garantindo e assegurando o respeito da sua identidade de origem, a liberdade de religião, a liberdade de associação, a liberdade geral de ação sob a forma de um direito ao desenvolvimento da personalidade e o princípio da igualdade, especialmente as cláusulas de não discriminação.

<sup>1523</sup> Sobre a vinculação dos poderes públicos aos direitos fundamentais, J. C. VIEIRA DE ANDRADE, *Os direitos...*, cit., p. 205 ss. e 363 ss., JORGE MIRANDA, *Manual...*, Tomo IV, cit., p. 319 ss. e, em especial, quanto aos deveres do legislador, JORGE PEREIRA DA SILVA, *Dever de legislar e proteção jurisdicional contra omissões legislativas*, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2003, p. 21 ss.

<sup>1524</sup> Sobre o conceito de constituição compromissória, *vd.* J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional...*, cit., p. 218.

mobilizados por diferentes compreensões, quer da constituição, quer dos direitos fundamentais<sup>1525</sup>. Os dilemas “liberal” (um/todos) e “comunitário” (unidade/pluralidade), a que alude GOMES CANOTILHO, têm de ser enfrentados, e resolvidos, no seio da Constituição, à qual se pede que estabeleça mecanismos “destinados a assegurar a subsistência do compromisso-consenso constitucional, evitando novos ou permanentes conflitos”<sup>1526</sup>.

Assim sendo, a afirmação de que a Constituição portuguesa não protege expressamente as minorias culturais ou a identidade cultural de um ponto de vista coletivo<sup>1527</sup>, nem contém uma cláusula expressa de proteção de minorias étnicas<sup>1528</sup>, não se afigura *decisiva* na resposta à questão de saber se, e em que medida, é a constituição portuguesa aberta à tutela da expressão jusfundamental da identidade cultural ou como desempenha a função de estruturar e garantir um sistema constitucional pluralístico, *id est*, a função de inclusividade multicultural<sup>1529</sup>, reformulada como inclusividade intercultural<sup>1530</sup>.

Este “teste” à capacidade da constituição para acolher as pretensões culturais pode ser estruturado a partir de dois eixos, representados pelos direitos fundamentais e pelo princípio da igualdade<sup>1531</sup>, atualização da dicotomia “liberdade” vs. “igualdade” - o que, todavia, e não obstante as vantagens instrumentais que apresenta, exige que se tenha presente quer a natureza de princípio transversal ou comum do princípio da igualdade, quer a “função de não discriminação” dos direitos fundamentais<sup>1532</sup>. O grau de inclusividade constitucional terá de aferir-se partindo da

---

<sup>1525</sup> E sem que com isto se queira circunscrever a discussão sobre a conceção constitucional de direitos fundamentais a uma síntese entre concepções liberal-burguesa e marxista-leninista, questão para a qual alerta J. C. VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos...*, cit., p. 94 ss.

<sup>1526</sup> J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional ...*, cit., p. 1447. Discutindo precisamente estas dimensões à luz da GG, WINFRED BRÜGGER, “Communitarianism...”, cit.

<sup>1527</sup> CRISTINA QUEIROZ, *Direitos fundamentais...*, cit., p. 297.

<sup>1528</sup> PATRÍCIA JERÓNIMO, “Direito...”, cit., p. 355 e J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional ...*, cit., p. 1451.

<sup>1529</sup> J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional ...*, cit., p. 1451 e *supra*, Parte I, Cap. 1, 4

<sup>1530</sup> *Vd. supra*, Parte II, Cap. III.

<sup>1531</sup> DIETER GRIMM, “Multiculturalidad y derechos fundamentales”, in ERHARD DENNINGER /DIETER GRIMM, *Derecho Constitucional para la sociedad multicultural*, Madrid, Trotta, 2007, p. 51 ss. e GABRIELE BRITZ, *Kulturelle...*, cit., p. 113 ss., esta última concluindo pela insuficiência de ambas as dimensões para acomodar, na Constituição alemã e de acordo com a dogmática estabelecida, as pretensões culturais “em sentido próprio”.

<sup>1532</sup> J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional ...*, cit., p. 409 ss.

análise do texto constitucional e da sua abertura à diversidade e à proteção da cultura e da identidade cultural, *maxime* no sistema de direitos fundamentais.

A resposta à questão de saber se e em que medida a comunidade se mostra capaz de “acolher todos os seus membros com dignidade e respeito” <sup>1533</sup> - e, por conseguinte, de acordo com uma dignidade-igualdade complexa, que supõe “tratar todos com igual consideração e respeito”, desdobrada no tratamento igual e no tratamento *como* igual<sup>1534</sup> - exige, previamente, revisitar os princípios fundamentais estruturantes e a “ideia de Homem” e, mesmo, a de dignidade da pessoa humana, presente na Constituição.

A procura de critérios jurídico-constitucionais de resolução dos conflitos que surgem em sociedades culturalmente diversificadas, de que nos ocupamos, coloca-se, desde logo, no seio do princípio do Estado de Direito<sup>1535</sup>, que é, constitucionalmente, estado democrático e social de direito. A consagração, no artigo 2.º, do “estado de direito democrático”, pode ler-se como expressando a confluência entre estado de direito e democracia – ligação material que não impede, todavia, que as duas dimensões não possam ser analisadas separadamente, apenas adverte para que o sentido de cada uma delas não pode deixar de receber o influxo da outra<sup>1536</sup>. Subscrever a tese da “integração consubstancial” entre democracia, assente no governo da maioria, e os direitos fundamentais, em coerência com a posição, que vimos sustentando, de que a autonomia pessoal e a autonomia pública se pressupõem

---

<sup>1533</sup> Evocamos a bela fórmula utilizada pelo Tribunal Constitucional da África do Sul, no caso *Fourie* (CCT 60/40 *Fourie* 2005) - “a força da nação que a Constituição tem em mente vem da sua capacidade de acolher todos os seus membros com dignidade e respeito”.

<sup>1534</sup> RONALD DWORKIN, *Levando os direitos a sério*, São Paulo, Martins Fontes, 2002, p. 279 ss. e 349 ss. Na sua conceção, o direito a tratamento igual é derivado, ao passo que o direito ao tratamento como igual é fundamental, podendo implicar um direito a igual tratamento, mas não em todas as circunstâncias.

<sup>1535</sup> Como acentua JULIE RINGELHEIM, “Cartographie...”, cit., p. 1 ss. *Vd. ainda supra*, Parte I, Cap. II, 5.

<sup>1536</sup> Assim, GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Constituição...*, cit., p. 204. Como escreve JORGE MIRANDA, “Anotação ao art. 2.º”, in JORGE MIRANDA/RUI MEDEIROS, *Constituição...*, cit., p. 97-98, verifica-se uma “interação entre dois princípios substantivos – o da soberania do povo e o dos direitos fundamentais – e a mediatização dos princípios adjetivos da constitucionalidade e da legalidade “(...) nem os direitos fundamentais podem ser assegurados e efetivados plenamente fora da democracia representativa, nem esta se realiza senão através dos direitos fundamentais”.

reciprocamente<sup>1537</sup>, não significa, todavia, ignorar a potencial oposição entre estas duas dimensões<sup>1538</sup>. Se permite iluminar o défice democrático que resulta da *exclusão* de alguns dos processos de deliberação coletiva que os afetam (falhando o mandato do tratamento igual), *maxime* pela “exclusão de direito” que representa a recusa de direito de sufrágio, permite igualmente salientar a importância de conceber a esfera pública em termos alargados, como esfera pública formal e informal, e de, quanto à primeira, fazer relevar a possibilidade de uma inclusão através da interpretação/aplicação jurisprudencial<sup>1539</sup>.

A tensão entre princípio democrático e direitos fundamentais, ou entre democracia e constitucionalismo, não é, porém, uma questão encerrada - como escreve REIS NOVAIS, numa sociedade pluralista e aberta, “ela renasce, aberta ou implicitamente, em cada nova polémica em que a liberdade individual se confronte com os interesses e a decisão da maioria”, estando destinada a um lugar perene nos debates jurídicos, constitucional e de filosofia política<sup>1540</sup>. Se resolvida a favor da intencionalidade material do Estado de Direito ou dos direitos fundamentais, entendidos como “trunfos contra a maioria”<sup>1541</sup>, vem, cremos, confluir nas teorias da democracia “adjetivada”, ao menos na importância atribuída à iluminação material representada pelos direitos fundamentais, cujo fundamento é a dignidade da pessoa humana - sem que isso signifique, todavia, que todos os conflitos ou desacordos tenham de resolver-se necessariamente a favor do interesse representado pelas

---

<sup>1537</sup> Remetemos aqui para JURGEN HABERMAS, *La inclusion...*, cit., p. 183 ss. e 247 ss., e ainda para ROBERT ALEXY, “Derechos fundamentales...”, cit., p. 31 ss.

<sup>1538</sup> Sobre a questão, remetemos para a exposição crítica de JORGE REIS NOVAIS, *Direitos fundamentais e justiça...*, cit., p. 17 ss. e para JURGEN HABERMAS, *La inclusion...*, p. 247 ss. A esta questão se aludiu *supra*, Parte I, Cap. II, 5.

<sup>1539</sup> Remetemos para o que escrevemos *supra*, Parte II. A democracia, na constituição, assume várias dimensões, entre as quais a participativa, cujo aprofundamento impõe aos poderes públicos (art. 2.º, *in fine*). Nalguns casos, estes direitos de participação estão constitucionalmente consagrados, resultando, noutros casos, de lei ordinária protetora – podendo aí discutir-se se não deverão ter-se como direitos *materialmente* fundamentais (nos termos e para os efeitos do n.º 1 art. 16.º) direitos das associações de imigrantes, previstos na lei ordinária, v.g. os direitos de participação na definição das políticas de imigração e na legislação correspondente, nos termos do art. 4.º da Lei n.º 115/99, de 3/08. Admitindo expressamente esta possibilidade, JORGE MIRANDA, “Anotação ao art. 2.º”, cit., p. 114 e *Manual...*, Tomo IV, cit., p. 207.

<sup>1540</sup> JORGE REIS NOVAIS, *Direitos...*, cit., p. 25.

<sup>1541</sup> Esta é a conceção de JORGE REIS NOVAIS, *Direitos...*, cit., p. 17 ss. Criticamente, JORGE MIRANDA, *Manual...*, Tomo IV, cit., p. 251 ss.

liberdades individuais<sup>1542</sup>. O constitucionalismo surge, por conseguinte, nas palavras de Jorge Miranda, como a “teoria segundo a qual a maioria deve ser restringida para proteção dos direitos fundamentais”<sup>1543</sup>, não podendo, por conseguinte, a maioria ser “critério de verdade”<sup>1544</sup> ou significar opressão das minorias<sup>1545</sup>.

Assim, o reconhecimento do “primado da pessoa” assume-se como “pedra de toque” do conceito de Estado de Direito democrático, cujo cerne se reconduz à proteção contra a “prepotência, o arbítrio e a injustiça”, *maxime* do Estado<sup>1546</sup>. Do primado da pessoa sobre o Estado e das exigências de liberdade sobre as de organização política, base dos sistemas democráticos ocidentais, decorre “a regra segundo a qual, se o Direito e o Estado estão ao serviço da pessoa, não podem ser impostos arbitrariamente ao destinatário do Direito e da ação do Estado (menos ainda em domínios de ação vital daquele) quaisquer deveres, imposições e restrições”, o que, se não se associa necessariamente ao reconhecimento de um direito geral de liberdade<sup>1547</sup>, se associa à exigibilidade de justificação das intervenções no domínio da ação humana<sup>1548</sup>. A isto voltaremos *infra*, para aprofundar a “imagem de Homem” na Constituição.

---

<sup>1542</sup> Como ressalva JORGE REIS NOVAIS, *Direitos...*, cit., p. 28.

<sup>1543</sup> JORGE MIRANDA, *Manual...*, Tomo IV, cit., p. 251.

<sup>1544</sup> Sobre a maioria como critério operativo ou “regra de preferência”, “estruturalmente neutra, entre núcleos de valores em competição”, não critério de verdade, JOSÉ LAMEGO, “*Sociedade...*”, cit., p. 31 ss. *Vd.* ainda LUÍS PEREIRA COUTINHO, *A autoridade...*, cit., *passim* e p.138 ss. e PAULO OTERO, *A democracia totalitária*, Cascais, Principia, 2001, p. 174, escrevendo que o princípio maioritário, ou a democracia, não podem ser valores absolutos num Estado de Direito material, sendo a dignidade da pessoa humana o fundamento do direito, a razão de ser do Estado e o seu respeito o núcleo duro do Estado pluralista.

<sup>1545</sup> MIGUEL PRATA ROQUE, “*Sociedade...*”, cit., *passim*.

<sup>1546</sup> J. J. GOMES CANOTILHO/ VITAL MOREIRA, *Constituição...*, cit., p. 206.

<sup>1547</sup> Como sustenta JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO, *A estruturação...*, vol. II, cit., p. 525-526.

<sup>1548</sup> JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO, *A estruturação...*, vol. II, cit., p. 525-526. O autor justifica assim a sua posição restritiva quanto ao sentido e alcance da consagração, na revisão constitucional de 1997, do direito ao desenvolvimento da personalidade no art. 26.º - que, em seu entendimento, nem se destina a consagrar uma liberdade geral de ação nem um direito geral de personalidade. Trata-se, em última análise, de reconhecer que “o conflito entre a necessidade de intervenção do Direito e o primado da pessoa é ainda um conflito constitucional, que, além do mais, só “muito dificilmente poderia escapar às “penumbras” de um conjunto vasto de direitos fundamentais ou ao confronto com os princípios materiais estruturantes do sistema, o que sempre faria dele um conflito entre valores constitucionais”.

Deve igualmente ser salientada a dimensão *social* e *solidária* do Estado de Direito democrático<sup>1549</sup>, que resulta, não apenas do art. 2.º, mas ainda da consagração da “igual dignidade social” (art. 13.º/1) e da conceção da república como “empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária” (art. 1.º). A democracia económica, social e cultural, com o conceito material e estrutural de igualdade que lhe subjaz, nos seus múltiplos corolários e reflexos constitucionais<sup>1550</sup>, não só legitima a consideração das dimensões estruturais de exclusão (aí avultando a exclusão sócio-económica, que não apenas a exclusão jurídica), como corrobora que a “imagem de homem” que a constituição pressupõe não é a de um cidadão abstracto, mas a de uma pessoa concreta, nas concretas circunstâncias da sua existência<sup>1551</sup>.

O Estado de direito material - estado de justiça, captada esta a partir da “consciência jurídica geral”<sup>1552</sup> – comporta igualmente uma dimensão de solidariedade, que evoca a “fraternidade” da trilogia da revolução francesa<sup>1553</sup> (com as suas implicações de irmandade, comunidade e identidade de grupo<sup>1554</sup>) e que ao Estado cumpre organizar - como, de resto, resulta do art. 1.º da CRP, vinculando a república portuguesa ao empenho na “construção de uma sociedade livre, justa e solidária”, e do art. 1.º da DUDH. A solidariedade, nas suas dimensões vertical e horizontal, presente e para com as gerações futuras, assume-se como uma garantia da

---

<sup>1549</sup> Assim, MARCO APARICIO WILHELMI, “Diversidad Cultural, convivencia y derechos. Un análisis en el marco de la Constitución Española”, in *RCDP*, n.º 40, 2010, p. 1 ss., p. 4, refletindo sobre a diversidade cultural e os direitos dos estrangeiros sob o prisma jurídico-constitucional à face da CE, salienta a importância de determinar o alcance do art. 9.º/2 da CE, que impõe aos poderes públicos a obrigação de “promover as condições para que a liberdade e a igualdade do indivíduo e dos grupos em que se integra sejam reais e efectivas; remover os obstáculos que impedem ou dificultam a sua plenitude e facilitar a participação de todos os cidadãos na vida política, económica, cultural e social”.

<sup>1550</sup> JORGE MIRANDA, “Anotação ao art. 2.º”, cit., p. 112 e J. J. GOMES CANOTILHO/ VITAL MOREIRA, *Constituição...*, vol. I, cit., p. 209 ss.

<sup>1551</sup> JORGE MIRANDA, *Manual...*, Tomo IV, cit., p. 223.

<sup>1552</sup> *Idem*, cit., p. 256.

<sup>1553</sup> JORGE MIRANDA/ ANTÓNIO CORTÊS, “Anotação ao art. 1.º”, cit., p. 91.

<sup>1554</sup> Nas palavras de GEOFFREY W. G. LEANE, “Rights of Ethnic Minorities in Liberal Democracies: has France gone too far in banning muslim women from wearing the burka?”, in *HRQ*, n.º 33, 2010, p. 1032 ss., p. 1055, que se interroga se, com a proibição da burqa, estes valores, também “core values” da cultura política francesa, terão sido promovidos.

“dignidade constitucionalmente pressuposta”<sup>1555</sup> e como valor fundamental do Estado de Direito (que poderá, neste sentido, ousar a qualificação de “fraterno”<sup>1556</sup>).

Deve, finalmente, ser salientada a dimensão cultural do Estado tal como constitucionalmente configurado (art. 2.º). A articulação entre “cultura” e “constituição” revela, seja a natureza cultural da constituição, seja a relevância da cultura para a constituição, que chama a si a tarefa de regular dimensões culturais da vida em comunidade, seja a contribuição da constituição para a cultura da comunidade em que se insere e que é, também, cultura constitucional<sup>1557</sup>, o que nos remete para o conceito de identidade constitucional<sup>1558</sup>. No direito constitucional convergem, por conseguinte, as dimensões de constituição como criação cultural e de cultura como objecto e criação da constituição ou, de outra perspetiva, a cultura *no* Estado constitucional e a cultura *do* Estado constitucional, esta última remetendo para um conceito amplo de cultura e para os “fundamentos culturais do ordenamento democrático e baseado no reconhecimento das liberdades”<sup>1559</sup>. Se alguns autores consideram estas questões datadas e ultrapassadas, advertindo mesmo contra o carácter equívoco do “léxico culturalista”<sup>1560</sup>, outros identificam uma tendência para a generalização do *princípio cultural*, sintoma de uma preocupação geral com o fenómeno da protecção dos chamados bens culturais<sup>1561</sup> e sinal da importância que

---

<sup>1555</sup> JORGE MIRANDA/ ANTÓNIO CORTÊS, “Anotação ao art. 1.º”, cit., p. 90 ss.

<sup>1556</sup> Evocamos aqui o *Estado de Direito Fraterno*, novo paradigma jurídico que combina a liberdade e a igualdade com a dimensão da fraternidade, *vd.* PAULO FERREIRA DA CUNHA, *Geografia Constitucional. Sistemas juspolíticos e globalização*, Lisboa, Quid Juris, 2009, p. 313 ss.

<sup>1557</sup> JORGE MIRANDA, “Notas sobre cultura, Constituição e direitos culturais”, in CARLA AMADO GOMES/JOSÉ LUÍS BONIFÁCIO RAMOS (org.), *Direito da Cultura e do Património Cultural*, Lisboa, AAFDL, 2011, p. 159 ss., p. 160-161, escrevendo que a constituição “reflete a formação, as crenças, as atitudes, a geografia e as condições económicas de uma sociedade e, simultaneamente, imprime-lhe carácter, funciona como princípio de organização, dispõe sobre os direitos e os deveres de indivíduos e de grupos, rege os seus comportamentos, racionaliza as suas posições recíprocas e garante a vida colectiva como um todo, podendo ser agente, ora de conservação, ora ou de transformação”.

<sup>1558</sup> *Vd. supra*, Parte I, *maxime* Cap. I.

<sup>1559</sup> STEFAN HUSTER, “La cultura...”, cit., p. 14 ss.

<sup>1560</sup> *Idem*, p. 13-14.

<sup>1561</sup> Os textos constitucionais europeus do segundo pós-guerra e, entre eles, a Constituição portuguesa de 1976, dedicam grande atenção à vivificação da protecção dos bens culturais, consagrando direitos culturais, tarefas do Estado e deveres de protecção do património, *vd.* PETER HÄBERLE, “La proteccion constitucional y universal de los bienes culturales: un analisis comparativo”, in *REDC*, n.º 54, 1998, p. 11 ss.



alcançou hoje no sistema de valores próprio do Estado social e democrático de Direito um emergente *status culturalis* ou Estado de Cultura como novo traço distintivo do constitucionalismo moderno<sup>1562</sup>.

Se as expressões “constituição cultural”<sup>1563</sup> e “Estado de cultura”<sup>1564</sup> se revelam úteis para captar a multidimensionalidade cultural dos textos constitucionais - consoante os autores, injustamente negligenciada ou sobrevalorizada<sup>1565</sup> - não podem significar todavia uma leitura fragmentária da constituição, no primeiro caso, ou a consagração de uma “cultura de Estado”, no segundo<sup>1566</sup>. A densificação do *princípio de Estado de Cultura*<sup>1567</sup> pressupõe o prévio recorte de um conceito de cultura, delimitado, seguindo a prudente sugestão de HUSTER, em diálogo com o texto constitucional<sup>1568</sup> - uma vez que, também de um ponto de vista do “dever ser” jurídico, *maxime* constitucional, e não apenas do “ser”, a cultura se mostra difícil de

---

<sup>1562</sup> GERARDO RUIZ-RICO RUIZ, “Introdución...”, cit., p. 29.

<sup>1563</sup> Aludimos *supra* à necessidade de uma compreensão cultural da Constituição como “expressão e instrumento mediador de cultura”, na senda de HÄBERLE, *vd.* Parte I, Cap. I, 4. Para JORGE MIRANDA, “Notas...”, cit., p. 165, a “constituição cultural” pode ser útil na tríplice medida em que “propicia uma mais nítida consciência do escopo da Constituição”, “permite um aprofundamento da análise das pertinentes normas constitucionais” e “serve de apoio para a imprescindível ponte entre essas normas e as normas de legislação ordinária que lhes correspondem”, mas não deve ter como consequência a “pulverização, a perda da unidade sistemática ou o regresso a uma mera exegese”.

<sup>1564</sup> O uso da expressão “Estado de Cultura” é rejeitado por JORGE MIRANDA, “Notas...”, cit., p. 165, pelo risco que comporta de pôr o Estado ao serviço da cultura ou esta ao serviço do Estado. Sobre a expressão e, em especial, sobre as suas origens, BEATRIZ GONZÁLEZ MORENO, *Estado...*, cit., p. 30 ss.

<sup>1565</sup> Não obstante o diagnóstico de um certo “alheamento jurídico-doutrinal” em relação à dimensão cultural dos textos constitucionais (GERARDO RUIZ-RICO RUIZ, “Introdución...”, cit., p. 11), alguns autores aludem a uma “nova intimidade” entre dimensões culturais, jurídicas e políticas (HUSTER) ou a uma “relação amorosa” entre Direito e Cultura, frutificando na “cultura do Direito” e no “Direito da Cultura”, como estudo dos fenómenos culturais segundo a metodologia jurídica (VASCO PEREIRA DA SILVA, *A cultura...*, cit., p. 7-8).

<sup>1566</sup> Assim, VASCO PEREIRA DA SILVA, *A Cultura...*, cit., p. 60.

<sup>1567</sup> Aludindo a um “princípio de Estado de Cultura como valor jurídico fundamental da ordem constitucional portuguesa”, VASCO PEREIRA DA SILVA, *A cultura...*, cit., p. 59.

<sup>1568</sup> Assim, STEFAN HUSTER, “La cultura...”, cit., p. 44, escrevendo que “quando na dogmática constitucional nos ocupamos da cultura podemos estar a falar das coisas mais díspares, mas certamente que não sobre a “cultura” em geral. A cultura só goza de protecção constitucional na medida em que assim o prevejam as normas concretas da Lei Fundamental; estas não se condensam ao ponto de tomar a forma de um conceito constitucional ou mesmo pré-constitucional de cultura em geral que possua força argumentativa por si próprio”.

definir, justificando-se a preferência por um conceito aberto<sup>1569</sup>. É possível descortinar no texto constitucional diferentes aceções de cultura, mais amplas e mais restritas<sup>1570</sup>, remetendo para dimensões objetivas e subjetivas, traduzindo uma pulverização que podem ser organizada por recurso aos conceitos de “constituição cultural” subjetiva e objetiva<sup>1571</sup>. Como constituição “do seu tempo”, consagra “direitos culturais”, correspondentes à trilogia “educação, cultura e ciência”,

---

<sup>1569</sup> VASCO PEREIRA DA SILVA, *A Cultura...*, cit., p. 8 ss. Sustentando a necessidade de um conceito aberto e universal de cultura, à face do art. 73.º, J. J. GOMES CANOTILHO/ VITAL MOREIRA, *Constituição...*, cit., p. 888. Também CARLA AMADO GOMES, “O dano cultural – pistas para a decifração de um enigma”, in *SI*, n.º 321, Tomo LIX, 2010, p. 33 ss., p. 34-5, dá conta da “resistência da noção de cultura à juridicização”, “explicável à luz da sua natureza evolutiva, contrária à vocação natural do Direito para a certeza e segurança”.

<sup>1570</sup> VASCO PEREIRA DA SILVA, *A cultura...*, cit., p. 9 ss., propõe três aceções progressivamente mais amplas de cultura, todas elas relevantes do ponto de vista jurídico, quais sejam uma *acepção restrita*, que toma a cultura como realidade intelectual e artística do passado, do presente e do futuro, uma *acepção intermédia*, nos termos da qual a cultura compreende o domínio da criação e da fruição intelectual e artística relacionando-se também com outros “direitos espirituais” respeitantes à Ciência, ao ensino e à formação, e uma *acepção ampla*, que toma a cultura como realidade complexa, enraizada em grupos sociais, agregados populacionais ou comunidades políticas, que conjuga nomeadamente elementos de ordem histórica, filosófica, antropológica, sociológica ou mesmo psicológica, aglutinados de acordo com três vectores: “tradição, inovação e pluralismo (leia-se, abertura)”. A primeira das aceções é a mais operativa do ponto de vista jurídico, correspondendo ao objecto do *direito fundamental à cultura* tal como entendido pelo autor, e consagrado na CRP nos arts. 43.º, 73.º e 78.º e à aceção normalmente utilizada pelo legislador ao regular o domínio específico do Direito da Cultura; a segunda está presente quando o legislador relaciona as realidades “estritamente culturais” com outras manifestações “espirituais” com que estão intimamente relacionadas, como o direito à ciência, ao ensino, à religião, à expressão do pensamento; a aceção ampla releva do ponto de vista jurídico-filosófico, mas também no âmbito do Direito Internacional dos Direitos Humanos, em que a garantia dos direitos culturais se associa à garantia da identidade dos povos, num contexto de diversidade cultural e multiculturalismo. Por sua vez, JORGE MIRANDA, “Notas...”, cit., p. 160 ss., nota que, num sentido amplo, “cultura abrange a língua e as diferentes formas de linguagem e de comunicação, os usos e costumes quotidianos, a religião, os símbolos comunitários, o artesanato, as formas de apreensão e de transmissão de conhecimentos, as formas de cultivo da terra e do mar e as formas de transformação dos produtos daí extraídos, as formas de organização política, o meio ambiente enquanto alvo de ação humanizadora”, sendo que os conceitos de “Constituição cultural” ou de “direitos culturais” estão normalmente mais relacionados com usos estritos do conceito: cultura como “expressão da identidade de uma comunidade”, como “educação, ciência e cultura *stricto sensu*” (em que entra o património cultural), “como tudo quanto não recai na educação e na ciência ou, em termos positivos, com criação e fruição de bens de cultura”.

<sup>1571</sup> A *Constituição cultural objetiva* diz respeito aos valores, às instituições culturais e às incumbências do Estado e da sociedade, que instituem um “Estado de Cultura”, ao passo que a *Constituição cultural subjetiva* diz respeito aos direitos fundamentais, ou seja, às “posições jurídicas substantivas de vantagem, individuais e colectivas, nas relações jurídicas de cultura, dotadas da natureza de direitos fundamentais”, vd. VASCO PEREIRA DA SILVA, *A Cultura...*, cit., p. 55 e, também, JORGE MIRANDA, *Património...*, cit., p. 259, dando conta das diferentes dimensões.

relevando ainda a cultura, a jusante e a montante, ora como “direito à cultura” em sentido estrito, segundo a proposta de construção unitária de VASCO PEREIRA DA SILVA<sup>1572</sup>, ora como realidade relacionada, em sentido mais amplo, com outros direitos ainda culturais, como a liberdade religiosa (art. 41.º) e, ainda, como identidade cultural de uma comunidade<sup>1573</sup>, aludindo-se a propósito a um direito à identidade cultural, expressão do direito ao livre desenvolvimento da personalidade<sup>1574</sup>.

Nas diversas aceções identificadas, a cultura releva como bem constitucionalmente protegido, simultaneamente “campo de actuação do Estado” e “espaço de libertação psíquica do indivíduo”<sup>1575</sup>, sendo que, se “o estímulo para a vivência cultural reforça o sentimento de identidade, pessoal e nacional, contribuindo activamente para a afirmação e desenvolvimento da personalidade” (n.º 1 do art. 26.º CRP), avultando aí a cultura como factor de coesão e integração, por outro lado “a cultura, porque expressão de uma identidade, é (ou pode ser) um factor de ruptura, de exclusão”<sup>1576</sup>. HUSTER nota, certamente, a ambivalência que resulta de pedir às constituições fundadas no reconhecimento dos direitos fundamentais que limitem as

---

<sup>1572</sup> Que o concebe como um direito esse que assume a natureza de um “conceito-quadro”, que compreende os (sub) direitos fundamentais de criação cultural, de fruição cultural, de participação cultural, de autor e de fruição do património cultural, assim como o dever fundamental dos particulares de defesa e valorização do património cultural, para além de numerosos deveres, tarefas e princípios jurídicos de actuação a cargo dos poderes públicos. Este seu carácter complexo e diversificado, susceptível de ser decomposto em distintas posições jurídicas de vantagem ou de desvantagem, de natureza positiva ou negativa, manifesta-se tanto na sua consideração como direito subjectivo como na sua vertente estatutária ou de cidadania cultural (*status culturalis*, que pode ser desdobrado em *status negativus culturalis*, *status activus culturalis* e *status activus processualis culturalis*), vd. VASCO PEREIRA DA SILVA, *A Cultura...*, cit., p. 94.

<sup>1573</sup> Presente na referência ao património cultural como elemento vivificador de uma “identidade cultural comum” (al. c) do n.º 2 do art. 78.º) e nas referências à cultura portuguesa (al. e) do art. 9.º, al. i) do n.º 2 do art. 74.º) e al. d) do n.º 2 do art. 78.º), na forma de estado (art. 6.º), fundamentando a autonomia regional nas características culturais das regiões autónomas (art. 225.º/1) ou mesmo na referência à língua (al. f) do art. 9.º, n.º 3 do art. 11.º e al. i) do n.º 2 do art. 74.º). JORGE MIRANDA, “Notas...”, cit., p. 168 ss. alude aqui a cultura como expressão da identidade do povo português. Aludindo à comunidade política como “Nação portuguesa no rigoroso sentido histórico-cultural”, JORGE MIRANDA/ANTÓNIO CORTÊS, “Anotação ao art. 1.º”, in JORGE MIRANDA/RUI MEDEIROS, *Constituição ...*, cit., p. 73 ss., p. 75-76.

<sup>1574</sup> JORGE MIRANDA, “Notas...”, cit., p. 174.

<sup>1575</sup> CARLA AMADO GOMES, “Desclassificação e Desqualificação do Património Cultural”, in *RMP*, n.º 101, 2005, p. 9 ss., p. 38.

<sup>1576</sup> *Idem*, cit., p. 38.

possibilidades de actuação do Estado, garantindo, através desses direitos, a liberdade de orientações culturais e de formas de cultura nelas baseadas e, ao mesmo tempo, indagar se a constituição permite, ou mesmo obriga, a política a “proteger e cuidar as convicções, atitudes e formas de vida culturais indispensáveis ou ao menos benéficas para a sociedade”<sup>1577</sup>.

É, pois, tempo de aludir à conceção constitucional de pluralismo e de neutralidade estadual. O pluralismo cultural ou a diversidade cultural são, em primeiro lugar, realidade sociais que aos Estados cabe reconhecer e proteger (nesse sentido, são as comunidades, e não os Estados, que se apresentam como plurais)<sup>1578</sup>. Como então expusemos, a passagem da pluralidade ou da diversidade ao pluralismo impõe uma opção normativa, que é a de consagrar o pluralismo como princípio regulador da convivência ou princípio básico do Estado constitucional<sup>1579</sup>. É neste sentido, de resto, que a *Declaração Universal sobre a Diversidade Cultural* esclarecem no seu art. 2.º, a relação entre diversidade cultural e pluralismo cultural, considerando que este é a resposta política àquela, ou que, entre nós, se pode afirmar que “a diversidade cultural merece na nossa Constituição o respeito que o pluralismo convoca”<sup>1580</sup>, em conformidade aliás com o respeito pela diversidade cultural tal como resulta do direito internacional e europeu, e amplamente desenvolvido no plano infraconstitucional<sup>1581</sup>.

O recurso à jurisprudência do TEDH é, a este propósito, uma vez mais, elucidativo. A jurisprudência de Estrasburgo tem, por diversas vezes, afirmado os valores do pluralismo e os deveres de gestão da diversidade dos Estados no contexto das sociedades democráticas<sup>1582</sup>, sustentando que a noção de “sociedade democrática” é desprovida de significado se não existir pluralismo, tolerância ou abertura,

---

<sup>1577</sup> STEFAN HUSTER, “La cultura...”, cit., p. 17.

<sup>1578</sup> *Vd. supra* WALTER KÄLIN, *Grundrechte...*, cit., p. 13 ss.

<sup>1579</sup> Sobre a questão, à face da Constituição espanhola, GERARDO RUIZ-RICO RUIZ, “Introducción...”, cit., p. 9 ss.

<sup>1580</sup> CARLA AMADO GOMES, “Desclassificação...”, cit., p. 38.

<sup>1581</sup> E amplamente desenvolvido a nível infraconstitucional. Destaque-se aqui a Resolução do Conselho de Ministros n.º 74/2010, que aprova o *II Plano para a integração dos Imigrantes*, em especial o ponto n.º 15, relativo ao reforço da diversidade e interculturalidade.

<sup>1582</sup> PATRÍCIA WIATER, *Le dialogue...*, cit., p. 94 ss. e AERNOUT NIEUWENHUIS, “The concept of pluralism in the case-law of the European Court of Human Rights”, in *ECLR*, n.º 3, 2007, p. 367 ss.

acrescentando que, em particular, o pluralismo se constrói, v.g., através do genuíno reconhecimento e respeito pela diversidade e pela dinâmica das tradições e das identidades culturais e étnicas<sup>1583</sup>. O TEDH tem afirmado que a interação harmoniosa entre pessoas e grupos com identidades variadas é essencial para alcançar a coesão social, bem como que a preservação da diversidade cultural é benéfica, não apenas para as minorias, mas para a sociedade no seu conjunto<sup>1584</sup>, sustentando a existência de um dever estadual de gestão do pluralismo e reforçando que cabe ao Estado gerir, não eliminar, a diversidade<sup>1585</sup>.

Enquanto valor ou princípio constitucional, o pluralismo não se circunscreve ao domínio político *stricto sensu*, antes traduz uma concepção acerca da vida em sociedade como essencialmente auto-regulada e, por conseguinte, implica reconhecer dimensões de subsidiariedade<sup>1586</sup> na articulação entre o “político” e as diversas esferas do social em que a existência individual cobra sentido e que a constituição, de resto, acolhe amplamente, da família às associações e a outras colectividades, sem prejuízo de outros reflexos constitucionais do pluralismo como a consagração das autonomias locais e regionais<sup>1587</sup>. É ainda o respeito pelo valor intrínseco da diversidade que funda o princípio da igualdade (cuja proteção abrange indivíduos e grupos) e se manifesta no n.º 2 do art. 13.º, que pode ser chamado a desempenhar o papel de cláusula de proteção das minorias<sup>1588</sup>. Como escreve CARLA AMADO GOMES, a actuação do Estado, porque assente no princípio da democracia pluralista, deve

---

<sup>1583</sup> *Ouranio Toxo e outros vs. Grécia*, n.º 74989/01, 20/10/2005, §35.

<sup>1584</sup> *Idem*, cit. e *Sampanis...*, cit., remetendo para *Chapman vs. RU*, no qual o TEDH afirmou a existência de um consenso entre as partes contratantes no sentido de reconhecer as necessidades particulares das minorias e a obrigação de proteger a sua segurança, a sua identidade e o seu modo de vida, e tal não apenas no interesse das minorias mas também no interesse geral na preservação da diversidade cultural.

<sup>1585</sup> *Caso Metropolitan...*, cit.

<sup>1586</sup> Sobre este, vd. WINFRED BRÜGGER, “Communitarianism...”, cit., PAOLO G. CAROZZA, “Subsidiarity...”, cit. e JOÃO LOUREIRO, “Constitutionalism...”, cit., p. 510 ss. Aplicando este princípio às relações entre poderes públicos e a família, JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO, “Os direitos das crianças: linhas para uma construção unitária”, *ROA*, ano 68, 2008, p. 275 ss., p. 280.

<sup>1587</sup> Vd. art. 6.º da CRP e, aludindo a um pluralismo de centros de poder, J. J. GOMES CANOTILHO/ VITAL MOREIRA, *Constituição...*, cit., p. 232 ss.

<sup>1588</sup> Vd. *infra*, Cap. II, 2.

respeitar todas as manifestações culturais e assegurar-lhes condições para a sua afirmação e preservação, em termos de tendencial igualdade<sup>1589</sup>.

O valor constitucional da diversidade (humana) subjaz à consagração constitucional de direitos fundamentais, na medida em que estes, no contexto da sua função de proteção de bens jurídicos pessoais<sup>1590</sup>, constituem um espaço para “diferentes formas de vida e visões do mundo”<sup>1591</sup>. Esta função de inclusividade pela via da tutela da identidade e da diversidade, *id est*, do “igual valor de todas as diferenças pessoais, começando pelas culturais” e da “identidade diversa, dissidente, não homologável, de cada pessoa”<sup>1592</sup>, permite assim reconhecer aos direitos fundamentais uma função de inclusividade multicultural<sup>1593</sup>. Os direitos fundamentais expressam um “pluralismo valorativo fundacional”<sup>1594</sup> incompatível com uma ordenação pré-determinada ou uma hierarquia de direitos, desempenhando uma função possibilitadora da convivência. Essa função de inclusividade - reflexo de uma plasticidade que permitiu, *supra*, destacar a sua função de articulação entre níveis de jusfundamentalidade – justifica a sua integração no *núcleo* da proposta intercultural.

Esta ênfase nos direitos fundamentais como espaços de afirmação da diversidade e do pluralismo permite rejeitar, de um ponto de vista constitucional, uma interpretação e aplicação funcionalizadora destinada a promover a assimilação, ainda que esta assome sob as vestes de ordem pública constitucional e, por conseguinte, integrando a referência aos direitos fundamentais<sup>1595</sup>. A tarefa de construção da

---

<sup>1589</sup> CARLA AMADO GOMES, “Desclassificação...”, cit., p. 38, notando que o princípio do desenvolvimento das relações culturais com outros povos (al. d) do n.º 2 do art. 78.º), deve começar, quando as circunstâncias de facto assim o exigirem, pela criação de condições de integração das comunidades imigrantes.

<sup>1590</sup> Sobre esta, J. C. VIEIRA DE ANDRADE, *Os direitos...*, cit., p. 79 ss.

<sup>1591</sup> WALTER KÄLIN, *Grundrechte...*, cit., p. 13.

<sup>1592</sup> LUIGI FERRAJOLI, *Principia iuris: teoria del diritto*, vol. I, Roma, Laterza, 2007, p. 737 ss., seguido também por CRISTINA DE MAGLIE, *Los delitos...*, cit., p. 188 ss.

<sup>1593</sup> Que ecoa a afirmação de HABERMAS de que a teoria liberal dos direitos pode, se reformulada, fornecer uma resposta aos dilemas da multiculturalidade, *vd. supra*, Parte II, Cap. II.

<sup>1594</sup> LORENZO ZUCCA, “Los conflictos de derechos fundamentales como dilemas constitucionales”, in *Dilemas constitucionales*, Madrid, Marcial Pons, 2011, p. 12 escreve que os direitos fundamentais consagrados em declarações de direitos expressam um “pluralismo valorativo fundacional”.

<sup>1595</sup> *Vd. infra*, nesta Parte, Cap. II.

unidade, atribuída à Constituição, se pode justificar a procura da coesão, não justifica a assimilação<sup>1596</sup>.

Se a diversidade subjaz ao princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1.º), a consagração da liberdade de consciência como direito fundamental (art. 41.º) afigura-se plena de significado, protegendo a exteriorização das convicções como dimensão ineliminável (não irrestringível) do respeito pela consciência individual, exteriorização essa que pode ter lugar objetando ao cumprimento de um dever jurídico e, por conseguinte, erguendo a integridade da consciência individual em barreira última contra a aplicação do direito vigente<sup>1597</sup>, dimensão constitucionalmente autonomizada na consagração de um direito geral à objeção de consciência (n.º 6 do art. 41.º)<sup>1598</sup>, “corolário da inviolabilidade de consciência” e “do respeito pela integridade moral das pessoas (n.º 1 do art. 25.º)”<sup>1599</sup> e “elemento indissociável da protecção de personalidade”<sup>1600</sup>. O valor da diversidade avulta ainda na protecção conferida à liberdade de expressão, enquanto exteriorização da liberdade de pensamento<sup>1601</sup>, na salvaguarda do pluralismo de expressões culturais<sup>1602</sup> e no reconhecimento, como dimensões de jusfundamentalidade, da liberdade de associação (em geral e em especial).

---

<sup>1596</sup> *Vd. supra*, Parte I, Cap. II.

<sup>1597</sup> *Vd.* a propósito o voto de vencido do Conselheiro Sousa Brito ao Ac. n.º 5/96 do TC (objeção de consciência), notando que a objeção de consciência traduz “o conflito entre os dois princípios basilares da Constituição, o da vontade popular e o da dignidade da pessoa humana, que se verifica quando a lei democrática entra em conflito com a norma estruturante da integridade moral da pessoa, que se considera ditada pela consciência individual”.

<sup>1598</sup> Cujo âmbito a CRP não restringe a motivos religiosos nem a determinadas áreas da vida social, *vd.* PAULO PULIDO ADRAÇÃO/ ANABELA COSTA LEÃO, “O direito à objeção de consciência por parte do Chefe de Estado, *em questão*. O caso da recusa de promulgação de actos legislativos por motivo de consciência”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda*, vol. III, Coimbra, Coimbra Editora, 2012, p. 133 ss. Aí se defendeu, igualmente, que a remissão para a lei não deve ser interpretada no sentido de subtrair o direito a uma “reserva de constituição”, antes consagrando um imperativo de concretização. Sublinhando, precisamente, a importância da objeção de consciência em contextos multiculturais, ANTONIO-LUIS MARTÍNEZ-PUJALTE, “Derechos...”, *cit.*, p. 144 ss.

<sup>1599</sup> JORGE MIRANDA/PEDRO GARCIA MARQUES, “Anotação ao art. 41.º”, in JORGE MIRANDA/RUI MEDEIROS, *Constituição ...*, *cit.*, p. 920.

<sup>1600</sup> J. J. GOMES CANOTILHO, “A liberdade...”, *cit.*, p. 781.

<sup>1601</sup> E, em conformidade, na garantia institucional de pluralismo da al. f) do n.º 1 do art. 39.º e do n.º 6 do art. 38.º, *in fine*.

<sup>1602</sup> *Vd.* als. a) e b) do n.º 2 do art. 78.º.

É, ainda, um corolário do princípio de pluralismo inerente ao Estado de Direito que resulta do n.º 2 do art. 43.º<sup>1603</sup>, vedando a programação da educação e da cultura segundo quaisquer diretrizes filosóficas, estéticas, políticas, ideológicas ou religiosas, norma que deve ser lida em articulação a garantia de não confessionalidade do ensino prevista no n.º 3<sup>1604</sup>. Tal norma dificilmente poderá ser formulada como garantia de “neutralidade” – com efeito, a neutralidade cultural e mundividencial não é realista no plano dos factos<sup>1605</sup>, nem estritamente desejável na medida em que a constituição não é, ela mesma, desprovida de uma dimensão axiológica, por mais inclusiva que ela possa, e deva, ser. Assim, “em sede de limites de direitos fundamentais e do cumprimento das tarefas culturais não há uma *neutralidade pura*”, escreveu HÄBERLE, pois sendo o Estado constitucional um Estado cultural, “a sua identidade cultural não subsiste sem valores”<sup>1606</sup>. Esta proibição poderá e deverá ser interpretada como traduzindo uma opção de âmbito geral<sup>1607</sup> no sentido do pluralismo inerente ao Estado de Direito, não equivalendo a afirmar que o Estado não pode sustentar determinados valores, submetendo-os sim a uma exigência de abertura e pluralismo<sup>1608</sup>.

Nesse sentido poderá, então, aludir-se a uma “neutralidade pluralista”<sup>1609</sup>, à qual corresponderá uma obrigação estadual de, no desempenho das suas funções em

---

<sup>1603</sup> JORGE MIRANDA, “Notas...”, cit., p. 170 ss., vendo nessa norma um “corolário do princípio geral do pluralismo inerente ao Estado de Direito democrático” e um dever estadual de “isenção doutrinária” para com a coletividade.

<sup>1604</sup> Sobre o alcance destas disposições, *vd.* J. J. GOMES CANOTILHO/ VITAL MOREIRA, *Constituição...*, cit., p. 624 ss. e JORGE MIRANDA, “Anotação ao art. 42.º” e “Anotação ao art. 43.º”, p. 928 ss., *in* JORGE MIRANDA/RUI MEDEIROS, *Constituição ...*, cit., p. 925 e 928 ss.

<sup>1605</sup> *Vd. supra*, Parte II, Cap. II, 1.

<sup>1606</sup> *Apud* VASCO PEREIRA DA SILVA, *A Cultura...*, cit., p. 60, nota 117.

<sup>1607</sup> J. J. GOMES CANOTILHO/ VITAL MOREIRA, *Constituição...*, vol. I, cit., p. 626, na medida em que, escrevem, traduz um corolário da não confessionalidade do Estado não apenas sob o ponto de vista religioso, mas também filosófico, ideológico, estético, etc.

<sup>1608</sup> Como nota VASCO PEREIRA DA SILVA, *A Cultura...*, cit., p. 60, n. 117. Também PINHEIRO, Alexandre Sousa / FERNANDES, Mário João de Brito, *Comentário à IV Revisão Constitucional*, Lisboa, AAFDL, 1999, p. 153-154 afastam a neutralidade, em virtude das diretrizes cívicas do n.º 2 do art. 73.º, aludindo a uma função estadual de garantia da coexistência de mundividências.

<sup>1609</sup> Quanto ao ensino enquanto tarefa estadual, perante a impossibilidade prática de uma neutralidade-indiferença ou perante a sua indesejabilidade, alguns propõem a neutralidade pluralista, a qual poderá, todavia, apontar-se a incapacidade para dar o suporte axiológico que a formação da personalidade pressupõe. Sobre estes conceitos, PAULO PULIDO ADRAÇÃO, *A liberdade de aprender e a liberdade das escolas particulares*, Lisboa, UCP, 1995, p. 75 ss.



matéria de educação e ensino, velar para que as informações ou conhecimentos constantes dos programas sejam difundidos de forma objetiva, crítica e pluralista, proibindo ao Estado a prossecução de uma finalidade de doutrinação que possa considerar-se como não respeitadora das convicções religiosas e filosóficas dos pais, segundo tem sido jurisprudência do TEDH<sup>1610</sup>.

Não está, por conseguinte, vedado ao Estado desenvolver políticas públicas ligadas à identidade nacional, à realização do Estado de Direito democrático ou à democratização da educação e da cultura (art. 73.º ss.), designadamente, “promover uma educação que contribua para o espírito de tolerância, de compreensão mútua, de solidariedade e de responsabilidade e para a participação democrática na vida colectiva”<sup>1611</sup>. Ainda que seja discutível que os objetivos e valores do n.º 2 do art. 73.º possam ser generalizados e a sua promoção alçada a tarefa estadual para além do domínio educativo<sup>1612</sup>, pode em todo o caso ver-se aí um “repositório de valores coessenciais à ordem constitucional democrática”, que recortam “o quadro básico em que o contraditório inerente a uma sociedade livre deve desenvolver-se”, no qual podem “manifestar-se e conviver todas as correntes filosóficas, estéticas, políticas, ideológicas e religiosas” e aos quais o Estado não pode ser indiferente<sup>1613</sup>. Esta norma poderá, assim, contribuir para a densificação do “núcleo duro inegociável” de valores e princípios fundamentais, o coração da identidade constitucional, capazes de garantir a convivência, cujo respeito o Estado tem o direito e o dever de promover, e sobre o qual assenta o diálogo intercultural.

---

<sup>1610</sup> *Vd.*, entre outras decisões do TEDH, *Folgerø e outros vs. Noruega*, n.º 15472/02, 29/06/2007.

<sup>1611</sup> A escola não é apenas uma instituição educativa, mas também uma instituição política e cultural de vital importância na construção das identidades nacionais e, mesmo, europeia (*vd.* Espaço Europeu de Ensino Superior), como nota ANA MARIA VEGA GUTIERREZ, “Objeciones de conciencia y libertades educativas”, in MARÍA ROCA (org.), *Opciones de conciencia: propuestas para una ley*, Madrid, Tirant lo Blanch, 2008, p. 325 ss., p. 333 ss. A educação cumpre assim uma finalidade de desenvolvimento pessoal e uma finalidade de carácter social ou comunitário, que são complementares, mas que em todo o caso assentam no *primado da pessoa face ao poder* como garantia contra abusos totalitários e na liberdade de consciência como garantia da integridade moral inviolável de cada um (n.º 1 do art. 25.º da CRP).

<sup>1612</sup> Para uma discussão, à face da *GG*, *vd.* STEFAN HUSTER, “La cultura...”, *cit.*, p. 31 ss. e HANS-JÜRGEN PAPIER, “Toleranz als Rechtsprinzip”, in RAINER JACOBS (ed.), *Festschrift für Peter Raue*, Colónia/Berlim/Munique, Heymanns, 2006, p. 255 ss., aludindo à tolerância como “tarefa preventiva estadual”.

<sup>1613</sup> JORGE MIRANDA, “Notas...”, *cit.*, p. 171.

Resta saber como deve ser constitucionalmente compreendida a questão da neutralidade religiosa<sup>1614</sup>. É ainda garantia de pluralismo a consagração de um princípio de separação entre as comunidades religiosas e o Estado, erigido a limite material de revisão constitucional (al. a) do art. 288.º), o qual deve ser lido em articulação com a proteção jusfundamental da liberdade religiosa, nas suas dimensões interna e externa, individual, colectiva e institucional (art. 41.º)<sup>1615</sup>. Não obstante as divergências terminológicas e a discussão quanto ao sentido a conferir a um princípio da neutralidade (ao qual, em todo o caso, a CRP não faz referência<sup>1616</sup>), a opção constitucional pode ser interpretada como consagrando, não uma neutralidade religiosa em sentido estrito<sup>1617</sup>, mas um regime de não identificação entre fins religiosos e fins políticos, não avesso à possibilidade de colaboração entre estado e confissões (“Estado amigo da liberdade religiosa”)<sup>1618</sup>, no limite do princípio da igualdade<sup>1619</sup> e da não-confessionalidade. Com efeito, a colaboração entre o Estado e

---

<sup>1614</sup> *Vd. supra*, Parte II, Cap. II. Recordando KYMLICKA, o Estado pode ser a-religioso, mas não a-cultural.

<sup>1615</sup> Sobre estas dimensões, JORGE MIRANDA/ PEDRO GARCIA MARQUES, “Anotação ao art. 41.º”, in *Constituição...*, cit., p. 909 ss. e seu reflexo na Lei da Liberdade Religiosa.

<sup>1616</sup> Como salienta PAULO PULIDO ADRAGÃO, *A Liberdade religiosa e o Estado*, Coimbra, Almedina, 2002, p. 264 ss. A discussão alarga-se ao plano europeu, sendo visíveis os desacordos sejam quanto à dimensão teórica das noções de “neutralidade”, “separação”, “laicidade”, entre outras, seja quanto aos modelos de implementação e salvaguarda, em concreto, da liberdade religiosa, sobretudo na sua dimensão institucional, sendo ilustrativo o debate em torno dos Casos *Lautsi vs. Itália* do TEDH (2009 e 2011).

<sup>1617</sup> Em sentido estrito para, assim, admitir a possibilidade de uma “neutralidade positiva” à alemã, como foi já sustentado entre nós. Discutindo o conceito de neutralidade a propósito do fenómeno religioso, e preferindo a esta expressão, sem assento constitucional, a afirmação da não confessionalidade do Estado, por descrever mais rigorosamente a atitude do Estado perante a religião, PAULO PULIDO ADRAGÃO, *A liberdade...*, cit., p. 264 ss. e 434 ss. Sobre a questão, ainda, JÓNATAS MACHADO, *Liberdade religiosa...*, cit., 187 ss., JORGE MIRANDA/ PEDRO GARCIA MARQUES, “Anotação ao art. 41.º”, cit., p. 912 ss. e Ac. n.º 423/87 do TC (educação moral e religiosa católica), no qual se sustentou que neutralidade não equivale a desconhecimento do facto religioso enquanto facto social, mas sim que o Estado “não valora ou desvalora, em atitude confessional, a consciência de certa religião relativamente a uma outra”.

<sup>1618</sup> PAULO PULIDO ADRAGÃO, “Concordata”, *DJAP*, 3.º Suplemento, Lisboa, 2007, p. 182, caracteriza o modelo português como modelo de não identificação com cooperação ou modelo de separação cooperativa entre Estado e confissões religiosas, hoje em dia abrangendo a Igreja Católica e outras confissões religiosas (Lei da Liberdade Religiosa). Sobre os modelos de relação entre o fenómeno religioso e o Estado, *vd.* LUISA NETO, *Novos...*, cit., p. 205 ss. e PAULO PULIDO ADRAGÃO, *A liberdade...*, cit., p. 272 ss.

<sup>1619</sup> Ac. n.º 423/87 do TC, cit. Aí se esclarece que a vertente de direito positivo e a vertente de direito negativo representam perspectivas complementares e que à vertente positiva da liberdade religiosa correspondem entretanto obrigações ativas da parte do Estado, como o

as confissões religiosas, não sendo constitucionalmente imposta, é constitucionalmente permitida e resultará imposta ao menos na dimensão em que se revele essencial à efectivação da liberdade religiosa<sup>1620</sup>. Afigura-se assim que a separação constitucionalmente estabelecida, se implica não identificação institucional entre o Estado e qualquer confissão religiosa e se assume como *garantia* da liberdade religiosa (que comporta, naturalmente, a liberdade de *não ter* religião), não obsta a um entendimento positivo dessa mesma liberdade religiosa, comprometendo o Estado com a criação de condições para o seu exercício efectivo, em condições de igualdade<sup>1621</sup>, e legitimando-o mesmo a fomentar o pluralismo<sup>1622</sup>. A proteção conferida ao fenómeno religioso não traduz, por conseguinte, uma atitude religiosa, mas o reconhecimento de uma dimensão social relevante<sup>1623</sup>, que acresce à liberdade de autocompreensão religiosa que assiste a cada pessoa. Já não resulta, bem ao invés, em nosso entender, a legitimidade de impor uma concepção laica à sociedade ou imprimir-lhe uma orientação assente num pluralismo a-religioso ou mesmo anti-religioso<sup>1624</sup>.

Em todo o caso, a evolução do modelo de cooperação entre o Estado e as confissões religiosas revela-se expressivo de um determinado entendimento da

---

dever de cooperar com os pais na educação dos filhos e o dever de proporcionar às confissões religiosas o ensino nas escolas públicas, em consequência dos aludidos direitos dos pais.

<sup>1620</sup> E resultando, desde 2001, da Lei da Liberdade Religiosa (art. 5.º). Sobre as dimensões prestacionais decorrentes da liberdade religiosa, em termos não totalmente coincidentes, *vd.* JORGE MIRANDA/ PEDRO GARCIA MARQUES, “Anotação ao art. 41.º”, *cit.*, p. 912 ss. e J. J. GOMES CANOTILHO/ VITAL MOREIRA, *Constituição...*, vol. I, *cit.*, p. 609 ss. *Vd.* ainda Ac. 174/93 do TC (não confessionalidade do ensino público).

<sup>1621</sup> Seguimos de perto PAULO PULIDO ADRAGÃO, *Liberdade...*, *cit.*, p. 272 ss. e a proposta de MANUEL AFONSO VAZ aí referida.

<sup>1622</sup> Como escreve LUÍSA NETO, *Novos...*, *cit.*, p. 208, referindo-se ao art. 41.º, “o Estado não só não pode impor uma religião como deve fomentar o pluralismo”.

<sup>1623</sup> Sobre a questão, LUÍSA NETO, *Novos...*, *cit.*, p. 208. Como apontam LADEUR e AUGSBERG, uma perspetiva apenas assente nas dimensões individuais-subjetivas tende a ver qualquer intervenção pública em domínios religiosos como uma discriminação, ao passo que a valorização das dimensões coletivas, do “valor cultural” representado por uma religião, permite reequacionar a neutralidade em sentido positivo, apontando para um entendimento proporcional da igualdade, *vd.* KARL-HEINZ LADEUR/ INO AUGSBERG, “The Myth of the Neutral State: The relationship between state and religion in the face of new challenges”, *in GLJ*, vol. 8, 2007, p. 143 ss., p. 147 ss. Os autores evidenciam a dimensão colectiva da religião, a relação intensa com a cultura como fenómeno coletivo e não apenas como escolha individual, e a sua contribuição para estruturar e especificar as identidades culturais.

<sup>1624</sup> *Vd.* PAULO PULIDO ADRAGÃO, *Liberdade...*, *cit.*, p. 441, aludindo à posição de MARQUES DOS SANTOS.

igualdade<sup>1625</sup>, tendo resultado de um alargamento do estatuto conferido à Igreja Católica a outras confissões religiosas, resultante, por um lado, de um juízo de conformidade constitucional do modelo de colaboração com as religiões<sup>1626</sup>, e, por outro, da força propulsora do princípio constitucional da igualdade. É, de resto, um caminho que poderá ser aproveitado, do ponto de vista institucional, para acomodar as pretensões de cunho religioso que, como sabemos, ocupam uma fatia considerável das pretensões de reconhecimento.

O modelo de relação entre o Estado e as confissões religiosas poderá, assim, contribuir directamente, ou inspirar, o aprofundamento da inclusividade multicultural<sup>1627</sup>. Com efeito, e como escrevemos *supra*, trata-se de um modelo constitucionalmente enquadrado mas que consente ampla margem de acomodação de reivindicações de tipo religioso no domínio de diferentes domínios da vida social, bem como atende, na modelação do regime, à diferente configuração institucional das comunidades religiosas e ao grau de reconhecimento por elas desejado<sup>1628</sup>. Em especial, fornece um indicador importante no sentido da cooperação em domínios de regulação social partilhada, como por exemplo a educação – visível, *v.g.*, na admissibilidade constitucional de ensino religioso *na* (e não *da*) escola pública<sup>1629</sup> – e

---

<sup>1625</sup> Tenha-se presente a questão de, perante uma norma que abrange um determinado grupo de pessoas mas não outro ao qual era devido tratamento igual, qualificar a inconstitucionalidade como por ação ou por omissão parcial. Sobre a questão, Ac. 423/87, cit. e JORGE MIRANDA, *Manual...*, Tomo IV, cit., p. 288 ss. e JÓNATAS MACHADO, *Liberdade religiosa...*, cit., p. 295 ss.

<sup>1626</sup> O que não significa que esse modelo tenha sido sempre conforme à Constituição – com efeito, a doutrina reconhecia, com maior ou menor amplitude, a inconstitucionalidade superveniente de diversas normas da Concordata de 1940, *vd.* PAULO ADRAÇÃO, *A liberdade...*, cit., p. 376 ss. A revisão da Concordata em 2004 e a aprovação da Lei da Liberdade Religiosa em 2001 marcaram definitivamente a convergência do modelo e a sua conformidade constitucional. Sobre a questão, JORGE MIRANDA/ PEDRO GARCIA MARQUES, “Anotação ao art. 41.º”, cit., p. 918 ss.

<sup>1627</sup> Assim, AYELET SHACHAR, *Multicultural...*, cit., p. 64 e 72, salienta a importância do estudo dos modelos de gestão da diversidade religiosa, seja porque muitas das questões que surgem hoje aos decisores foram sendo colocados a propósito da diversidade religiosa, seja tendo em conta o desenvolvimento dos modelos jurídico-institucionais de relação Estado-comunidades religiosas.

<sup>1628</sup> *Vd.* Concordata e Lei da Liberdade Religiosa e o modelo de reconhecimento diferenciado nesta estabelecido. Sobre a questão, ANDRÉ FOLQUE, “As pessoas coletivas do novo direito eclesástico”, in *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda*, Vol. I, Coimbra, Coimbra Editora, 2012, p. 239 ss.

<sup>1629</sup> Aludimos aqui à expressão utilizada pelo TC no Ac. 174/93, cit.

quanto à forma de entender o espaço público (que a escola, mais uma vez, também é) insistindo na preservação das múltiplas identidades e afiliações das crianças.

A discussão sobre o alcance do pluralismo não supõe apenas a questão da salvaguarda do pluralismo - *maxime* mundividencial, ideológico, religioso - perante o Estado e os poderes públicos, mas ainda saber se e em que medida ela se impõe como princípio conformador da vida em sociedade, capaz de estribar não apenas a organização política mas ainda as relações sociais. Trata-se, por conseguinte, de perceber o pluralismo como um “bem comunitário” de valor constitucional, que ao Estado cumpre salvaguardar ou, ainda, promover. Como se notou *supra*, a discussão sobre a neutralidade do Estado não pode nunca configurar-se como uma discussão sobre a neutralidade da esfera social, dos grupos ou dos indivíduos<sup>1630</sup>. A diferenciação entre “esferas sociais”, que clama dos direitos fundamentais o desempenho de uma “função de garantia”, desloca a questão da separação entre esferas ou níveis de pluralismo (v.g., esfera pública e esfera privada) para a questão da sua articulação, através de mecanismos de gestão do pluralismo, assentes no reconhecimento da autonomia individual e institucional, na subsidiariedade, em esquemas de repartição de competências em domínios partilhados<sup>1631</sup>, na separação e interdependência de poderes, na inclusão através dos direitos fundamentais, no recurso à proporcionalidade e à ponderação como “inclusão de razões” (e, consequentemente, reconhecimento de “espaços de ponderação” ou “apreciação”), que são, também, dimensões do princípio do Estado de Direito<sup>1632</sup>.

Finalmente, a organização de um modelo pluralista convoca a necessidade de uma articulação entre constituição, legislador e tribunais<sup>1633</sup>, cabendo à primeira a fixação das “regras secundárias” do pluralismo, ao legislador a concretização, num “espaço de jogo” constitucionalmente enquadrado que corresponde ao exercício da função legislativa, e ao juiz<sup>1634</sup> o controlo das opções do legislador por referência a

---

<sup>1630</sup> *Vd. supra*, Parte II, Cap. II, 1 e 2.

<sup>1631</sup> *Vd. supra*, Parte II, Cap. II, 2., a proposta de “jurisdições multiculturais” de AYELET SHACHAR.

<sup>1632</sup> Sobre as dimensões e os sub-princípios concretizadores do princípio do Estado de Direito, vd. J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional...*, cit., p. 243 ss. e JORGE REIS NOVAIS, *Os princípios...*, cit., *passim*.

<sup>1633</sup> A que aludimos *supra*, Parte I, Cap. II, 5.

<sup>1634</sup> No nosso sistema de fiscalização (art. 277.º ss.), qualquer tribunal (art. 204.º), sem prejuízo da necessária distinção entre fiscalização difusa e concentrada.

parâmetros constitucionais. Avulta, por conseguinte, a questão da controlabilidade judicial das decisões do legislador, sobretudo em domínios de “divergência razoável” na sociedade aberta e plural, reconhecendo-se ao legislador o necessário espaço de concretização e, por conseguinte, de gestão da diversidade na comunidade plural, cabendo aos tribunais determinar os limites da controlabilidade judicial <sup>1635</sup>, tendo por pano de fundo o princípio da separação e interdependência de poderes que é, também ele, um mecanismo de gestão do pluralismo.

Tal como o entendemos *supra*, o pluralismo democrático funciona como uma *garantia* do respeito pelos direitos fundamentais e do pluralismo cultural, mundividencial e ideológico <sup>1636</sup>, o que implica a admissibilidade de concepções não pluralistas, *id est*, das expressões individuais ou coletivas e as formas de organização e ideologias correspondentes divergentes, mas não incompatíveis, com os valores constitucionais. A definição dos limites ao pluralismo há-de, em todo o caso, vir a ser dada, não pela opção ou mesmo expressão de preferências não democráticas ou não pluralistas, mas pela *atuação* segundo métodos não democráticos ou pluralistas <sup>1637</sup>, desde logo violentos - que é, a nosso ver, o único entendimento permitido por uma compreensão ampla do pluralismo como a que sustentámos *supra*. Como escreve JORGE MIRANDA, o que a constituição proíbe é a “actividade, seja ela qual for e em

---

<sup>1635</sup> Seguimos aqui, de perto, a formulação adotada pelo TC no Ac. n.º 121/2010, § 21, fixando o limite da controlabilidade na salvaguarda da dimensão subjetiva dos direitos fundamentais. Aí se afirmou que, quando na comunidade jurídica tenham curso perspectivas diferenciadas e pontos de vista díspares e não coincidentes sobre as decorrências ou implicações que dum princípio “aberto” da Constituição devem retirar-se para determinado domínio ou para a solução de determinado problema jurídico”, *id est*, na situação em que haja de “reconhecer-se e admitir-se como legítimo, na comunidade jurídica, um “pluralismo” mundividencial ou de concepções – sem dúvida cumprirá ao legislador (ao legislador democrático) optar e decidir”.

<sup>1636</sup> Como salienta EVA MARTINEZ SAMPERE, “El pluralismo democrático como garante de la dignidade humana: no al triunfo póstumo de Hitler”, in *Constitución y Cultura...*, cit., p. 243 ss.

<sup>1637</sup> Assim, escreve JORGE MIRANDA, “Anotação ao art. 2.º”, cit., p. 109, “democrático pode ser entendido tanto no sentido de favorável à democracia (sendo antidemocrático o que propugna um sistema político não democrático) como no sentido de *conforme* com a democracia (sendo antidemocrático o que utiliza métodos não democráticos de ação política para realizar o seu programa, democrático ou não). Ali, para se avaliar da democraticidade, haveria que confrontar a doutrina e as finalidades dos grupos políticos com a conceção democrática que a Constituição consagra; aqui, haveria que confrontar a prática com as regras fundamentais da vida política democrática, para verificar se estas são ou não observadas”. O autor considera preferível, “sem hesitar”, o primeiro argumento. Assim, será compatível a posição que aceite ainda as regras democráticas, a regra de não-violência e de reciprocidade, etc. sendo que “juridicamente, só atos podem ser apreciados, não ideologias” (ob. cit., loc. cit.).

nome de seja qual for a ideologia (ainda que se pretenda liberal, democrática, europeia) que atente contra o respeito dos direitos fundamentais e contra o funcionamento das instituições constitucionais”<sup>1638</sup>. Este entendimento corrobora, quanto a nós, a necessidade de uma abordagem centrada, não nas culturas, mas nas pretensões, não nas concepções ou mundividências, mas nos actos em concreto.

No puro domínio das relações privadas, o critério do respeito pelos direitos fundamentais poderá concretizar-se por referência à dignidade da pessoa humana: assim, a Constituição poderá ser interpretada como consagrando o princípio da liberdade nas relações entre indivíduos iguais, no limite de intolerabilidade dado pela dignidade da pessoa humana<sup>1639</sup>.

Em suma, como se escreveu *supra*, a proposta intercultural de articulação entre diversidade e coesão assenta num núcleo de valores básicos, quais sejam o Estado de direito, a democracia, o pluralismo (político e social), os direitos fundamentais, também eles princípios fundamentais da constituição portuguesa e elementos da sua identidade<sup>1640</sup>. Trata-se de valores básicos da constituição portuguesa e, por conseguinte, aptos a desenvolver essa “função de estrutura possibilitadora do diálogo e da convivência”, tanto mais quanto é certo que incorporam dimensões, v.g., a separação de poderes ou a garantia de recurso aos tribunais, que se mostram especialmente aptas a articular pretensões num contexto de pluralismo. Em especial, a referência aos direitos fundamentais há-de entender-se

---

<sup>1638</sup> JORGE MIRANDA, “Anotação ao art. 2.º”, cit., p. 110. Isso mesmo parecem corroborar o n.º 1 do art. 46.º e o n.º 1 do art. 45.º, sendo exceção o n.º 4 do art. 46.º. Sobre a questão, *vd.* JORGE MIRANDA, “Anotação ao art. 46.º”, cit., p. 959 ss., PAULO MOTA PINTO, “Nota sobre ...”, cit., p. 773 e J. J. GOMES CANOTILHO/ VITAL MOREIRA, *Constituição...*, cit., p. 638, interpretando a consagração da alusão às organizações racistas como exigência de inclusividade social e política nas sociedades multiétnicas. A Lei dos Partidos Políticos estabelece, no art. 8.º (“Salvaguarda da ordem constitucional democrática”), que “não são consentidos partidos políticos armados nem de tipo militar, militarizados ou paramilitares, nem partidos racistas ou que perfilhem a ideologia fascista”. Em especial, quanto à proibição de partidos (*Parteiverbot*) do art 21.º da GG, e seu significado para a compreensão de um pluralismo não axiologicamente neutro quanto à sua auto-conservação, *vd.* HANS-JÜRGEN PAPIER, “Toleranz...”, cit., p. 255 ss.

<sup>1639</sup> Seguimos assim a proposta de J. C. VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos...*, cit., p. 254 ss., que alude ao entendimento alternativo de subordinar os indivíduos aos princípios da igualdade e da sujeição aos direitos fundamentais, no limite da afectação intolerável da liberdade.

<sup>1640</sup> *Vd.* o que se escreveu *supra* e, em especial, o art. 288.º.

como incorporando o regime dos direitos fundamentais<sup>1641</sup>, *maxime* o carácter restritivo das restrições e o princípio da proporcionalidade, expressão também da ideia de direito na constituição e, por conseguinte, elemento da sua identidade<sup>1642</sup>. Neste sentido, eles descrevem os limites da hiperinclusividade, uma vez que, renunciando a esses princípios, a constituição renunciaria a si própria, *id est*, à sua identidade. No quadro assim estabelecido – que é, como vimos, aberto - terá lugar a determinação, para cada situação concreta, do limite que marca a “subversão da matriz axiológica constitucional”<sup>1643</sup>, ou seja, da incompatibilidade.

## 2.2. Da “imagem da pessoa” e do “cidadão”: a inclusividade na Constituição

Assente que o sistema de direitos fundamentais cobra sentido por referência à dignidade da pessoa humana, a resposta à questão de saber quem é titular de direitos fundamentais contribui para a densificação da inclusividade constitucional e, em especial, do sistema de direitos fundamentais. Como vimos escrevendo, por um lado, a diversidade cultural, nas modernas sociedades pluralísticas, não se circunscreve à que resulta da imigração, por outro, as questões suscitadas pela imigração e, designadamente, pela integração dos imigrantes, não se circunscrevem a pretensões relativas à identidade cultural em sentido estrito, abarcando igualmente questões de exclusão sócio-económica, sem prejuízo da articulação entre elas. Ainda que todo o imigrante seja estrangeiro, nem todo o estrangeiro será, necessariamente, imigrante – o que convoca o recorte do conceito jurídico de imigrante<sup>1644</sup>. Em todo o caso, a “condição” de estrangeiro/imigrante não é uma inevitabilidade, uma vez que pode ocorrer a aquisição da nacionalidade, por uma das formas previstas na lei, sem prejuízo da relevância que possa assumir a referência à origem imigrante. Para este

---

<sup>1641</sup> Nesse sentido, JORGE MIRANDA, *Manual...*, Tomo IV, cit., p. 405, considerando-os abrangidos no art. 288.º.

<sup>1642</sup> *Vd.* JORGE MIRANDA, *Manual...*, Tomo IV, cit., p.257 ss.

<sup>1643</sup> Recorremos aqui a uma expressão do Ac. n.º 121/2010, cit.

<sup>1644</sup> A CRP utiliza a palavra “imigrante” uma única vez, na al. j) do n.º 2 do art. 74.º. A densificação do conceito – de rara consagração legal ou constitucional, entre nós – passará por um raciocínio pela negativa, por referência designadamente à legislação ordinária. Sobre a questão, *vd.* CARLA AMADO GOMES/ANABELA COSTA LEÃO, *A condição...*, cit., p. 20 ss., propondo um conceito assente na vontade de abandono do país de origem e no estabelecimento de uma nova conexão, mais ou menos intensa, com a comunidade do país de acolhimento, e concretizando face ao regime jurídico da imigração.



efeito, o conceito de minoria não releva autonomamente, mas apenas a cidadania – ainda que, como se sabe, certas concepções de “minoria” a pressuponham. Deste ponto de vista, e sendo o imigrante um estrangeiro<sup>1645</sup>, cabe determinar se e em que medida a cidadania se reflete sobre a titularidade de direitos fundamentais, bem como que contributo fornece para a densificação da inclusividade<sup>1646</sup>.

A CRP adota um modelo compreensivo quanto à titularidade dos direitos fundamentais. A consagração do princípio da universalidade, cujo significado pode ser jusfundamentalmente determinado a partir de diferentes eixos, representa, axiologicamente, “um corolário natural da “igual dignidade” de todas as pessoas, enquanto essência fundadora do sistema de direitos fundamentais”<sup>1647</sup>. De um ponto de vista técnico, constitui uma regra de interpretação formulável da seguinte forma: na dúvida sobre a atribuição ou titularidade de certo direito fundamental, o intérprete deve presumir que o mesmo foi atribuído constitucionalmente a todas as pessoas, pelo que a exclusão da titularidade está dependente do cumprimento do ónus de justificação<sup>1648</sup>. Em especial, o princípio da universalidade não veta a existência de direitos que não são de todas as pessoas, mas apenas de algumas categorias de pessoas (direitos particulares) – valendo aí, então, o princípio da universalidade como “limite à desagregação da comunidade política”<sup>1649</sup>.

---

<sup>1645</sup> Por estrangeiro entende-se quem, pessoa singular ou coletiva, não se encontra ligado ao Estado pelo vínculo jurídico-político da cidadania ou nacionalidade. Na ausência de definição constitucional ou legal, a determinação da qualidade de estrangeiro será feita pela negativa, *id est*, considerando como estrangeiro aquele que não tenha a nacionalidade portuguesa - noção que, entendida em sentido amplo, inclui os apátridas (não obstante a sua autonomização no art. 15.º), impondo-se, por conseguinte, para a determinação do seu estatuto, a análise das normas jurídicas aplicáveis sobre aquisição e perda da nacionalidade portuguesa (Lei n.º 37/81, de 3/10, com alterações posteriores, doravante Lei da Nacionalidade). Sobre o conceito de estrangeiro, MARIA JOSÉ RANGEL MESQUITA, *Os direitos fundamentais dos estrangeiros na ordem jurídica portuguesa – uma perspetiva constitucional*, Coimbra, Almedina, 2012, p. 11 e 18-20.

<sup>1646</sup> O acesso à cidadania é, frequentemente, um dos marcadores relevantes dos modelos de integração dos imigrantes (vd. *supra*, Parte II, Cap. II, 3), ainda que se verifique alguma ambivalência quanto ao seu significado, se pressuposto, se corolário, de uma integração bem-sucedida.

<sup>1647</sup> JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO, *Direitos...*, cit., p. 67.

<sup>1648</sup> *Idem*, cit., p. 67-68.

<sup>1649</sup> JORGE MIRANDA, “Anotação ao art. 12.º”, in JORGE MIRANDA/RUI MEDEIROS, *Constituição ...*, cit., p. 209 e *Manual...*, Tomo IV, cit., p. 121 ss. e 259 ss.

Um princípio semelhante, agora relativo a estrangeiros e apátridas que se encontram ou residam em Portugal, pode ser formulado a partir do art. 15.º<sup>1650</sup>. Com efeito, se a letra do n.º 1 do art. 12.º recorta restritivamente o âmbito da titularidade, referindo-se a *cidadãos*, logo a “abertura jus-universalista”<sup>1651</sup> do texto constitucional se manifesta no princípio da equiparação de direitos (n.º 1 do art. 15.º)<sup>1652</sup>, nos termos do qual os estrangeiros e apátridas que se encontram ou residam em território português<sup>1653</sup> gozam dos direitos e estão sujeitos aos deveres do cidadão português<sup>1654</sup>, expressão de uma conceção de dignidade que não se baseia em critérios de pertença política, antes se define por referência à pessoa independentemente da sua nacionalidade (e na ausência, mesmo, de uma nacionalidade). Ou seja, optando por uma “regra geral de inclusão”, a Constituição toma partido por uma “ordem plural e aberta”<sup>1655</sup>, ao mesmo tempo que reconhece, aos estrangeiros, um estatuto mais favorável do que aquele que resultaria do cumprimento do “nível mínimo” de direitos universais<sup>1656</sup>.

---

<sup>1650</sup> *Idem*, cit., p. 67-68.

<sup>1651</sup> JORGE MIRANDA/ ANTÓNIO CORTÊS, “Anotação...”, cit., p. 85.

<sup>1652</sup> *Vd.* ainda art. 14.º/1 do C.C. quanto aos direitos civis. Sobre o princípio da equiparação, *vd.* JORGE PEREIRA DA SILVA, “Anotação ao art. 15.º”, in JORGE MIRANDA/RUI MEDEIROS, *Constituição ...*, cit., p. 261 ss., CARLA AMADO GOMES/ANABELA COSTA LEÃO, *A condição...*, cit., p. 35 ss., ANABELA COSTA LEÃO, “Expulsão de estrangeiro com filho menor a cargo”, *JC*, n.º 3, 2004, p. 25 ss., MARIA JOSÉ RANGEL MESQUITA, *Os direitos...*, cit., p. 125 ss., ALEXANDRA CHÍCHARO DAS NEVES, *Os direitos do estrangeiro*, Lisboa, ACIDI, 2011, p. 57 ss. e LUÍS LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional Privado*, Coimbra, Almedina, 2009, p. 206 ss. Evidenciando a relativa originalidade da consagração constitucional de um princípio da equiparação no direito estrangeiro, e fazendo um resenha de direito constitucional comparado, MARIA JOSÉ RANGEL MESQUITA, *Os direitos...*, cit., p. 49 ss. e, também, ALEXANDRA CHÍCHARO DAS NEVES, *Os direitos...*, cit., p. 39 ss.

<sup>1653</sup> A formulação ampla do artigo proporciona diferentes entendimentos quanto a saber se o princípio da equiparação se aplica também aos estrangeiros em situação irregular, para além do *standard* mínimo de direitos decorrentes da dignidade da pessoa humana (referido, designadamente, aos direitos do n.º 6 do art. 19.º) e do direito internacional. Sobre a questão, MARIA JOSÉ RANGEL MESQUITA, *Os direitos...*, cit., p. 129 ss. e 148 ss. e JORGE PEREIRA DA SILVA, “Anotação...”, cit., p. 266 ss.

<sup>1654</sup> A equiparação vale para direitos, liberdades e garantias e para direitos económicos, sociais e culturais, *vd.* MARIA JOSÉ RANGEL MESQUITA, *Os direitos...*, cit., p. 127 ss. e 148 ss. e JORGE PEREIRA DA SILVA, “Anotação...”, cit., p. 276 ss. Sobre o alargamento a direitos consagrados em lei ordinária, MARIA JOSÉ RANGEL MESQUITA, *Os direitos...*, cit., p. 127 e Ac. n.º 423/01 do TC (deficientes das forças armadas).

<sup>1655</sup> CARLA AMADO GOMES/ ANABELA COSTA LEÃO, *A condição...*, cit., p. 38, ANABELA COSTA LEÃO, “Expulsão...”, cit., p. 29.

<sup>1656</sup> Sobre a questão, MARIA JOSÉ RANGEL MESQUITA, *Os direitos...*, cit., p. 141 ss.

A equiparação tendencial, ao nível constitucional, entre nacionais e estrangeiros, não permite concluir pela identidade de estatutos de estrangeiros em território português, verificando-se que estes não são objeto de tratamento homogêneo, nem do ponto de vista constitucional nem legal<sup>1657</sup>. Do ponto de vista do seu estatuto, MARIA JOSÉ RANGEL MESQUITA propõe, atendendo ao estatuto jurídico-constitucional, a distinção entre cidadãos europeus, cidadãos de Estados de língua portuguesa<sup>1658</sup> e demais estrangeiros, e, quanto à relação com o território português, entre estrangeiros residentes e não residentes<sup>1659</sup>. Para além da previsão constitucional de direitos exclusivos dos estrangeiros e de direitos reservados a cidadãos portugueses, subsiste ainda a possibilidade de uma modelação *diferenciada* dos direitos dos estrangeiros, correspondente ao alargamento, a estes, de direitos relativamente reservados a nacionais<sup>1660</sup>, nos termos consentidos pelo art. 15.º.

Com a contraposição “pessoa” vs. “cidadão” queremos aqui aludir ao papel demarcador reconhecido à cidadania na estruturação da comunidade constitucional, e que nos remete para a resposta à questão, fundamental do ponto de vista da identidade constitucional, de *quem* constitui a comunidade política<sup>1661</sup> e para a dimensão de solidariedade e de inclusão da “comunidade constitucional”<sup>1662</sup>. A referência constitucional a cidadania, e não a nacionalidade, pode, a este respeito, ser significativa, remetendo para uma comunidade política e não, imediatamente, para uma comunidade de tipo nacional<sup>1663</sup>. Por outro lado, a reserva constitucional de certos direitos aos cidadãos portugueses, *maxime* direitos políticos,<sup>1664</sup>, combinada

---

<sup>1657</sup> CARLA AMADO GOMES e ANABELA COSTA LEÃO, *A condição...*, cit., p. 21 ss. e MARIA JOSÉ RANGEL MESQUITA, *Os direitos...*, cit., p. 22 ss.

<sup>1658</sup> *Vd.* arts. 15.º/3 e 7.º/4 da CRP. *Vd.* ainda o Tratado de Porto Seguro (2000) e os Acordos Especiais celebrados entre Portugal e a República de Cabo Verde e a Guiné Bissau, ambos de 1976, e, sobre estes, MARIA JOSÉ RANGEL MESQUITA, *Os direitos...*, cit., p. 30 ss.

<sup>1659</sup> MARIA JOSÉ RANGEL MESQUITA, *Os direitos...*, cit., p. 22 ss.

<sup>1660</sup> *Idem*, cit., p. 142 ss.

<sup>1661</sup> *V. supra*, Parte I, Cap. I, 4.3 e, em especial, a proposta de ROSENFELD.

<sup>1662</sup> Sobre a questão, JORGE PEREIRA DA SILVA, *Direitos...*, cit., p. 101.

<sup>1663</sup> Sobre a distinção – cujo alcance terá de ser, todavia, relativizado, dada a preferência da lei ordinária por “nacionalidade” – JORGE MIRANDA, *Manual...*, Tomo III, 6.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2010, p. 102 e ss.

<sup>1664</sup> Nos termos do n.º 2 do art. 15.º, reserva de direitos políticos, do exercício de funções que não sejam predominantemente técnicas e de outros direitos legal ou constitucionalmente reservados, todavia com a possibilidade limitada de extensão dos números seguintes do artigo

com o princípio universalista do reconhecimento de direitos a todas as pessoas independentemente da sua qualidade de cidadão (art. 12.º e art. 15.º), demonstra o compromisso, no seio do sistema de direitos fundamentais, entre diversas concepções de “comunidade relevante”, ao mesmo tempo que demonstra a abertura a uma concepção universalista-igualitária <sup>1665</sup>. Dada a relevante função que, enquanto “vínculo jurídico-político que liga o indivíduo ao Estado”, desempenha na delimitação do “povo”, surpreende que a cidadania esteja parcamente regulada na constituição, que dela, todavia, não se alheou <sup>1666</sup>, consagrando designadamente um direito fundamental à cidadania (n.º 1 do art. 26.º).

A relação entre a cidadania e a identidade, nas suas dimensões individual e colectiva, faz com que ela represente frequentemente um “indicador” de identidade <sup>1667</sup>. A análise dos regimes de aquisição da cidadania, seja originária, seja derivada, revela por conseguinte algo sobre a identidade política relevante, a qual, nas modernas democracias constitucionais, tende a mover-se de “indicadores de tipo étnico” para “indicadores de tipo político-universalista”, um certo “patriotismo constitucional” *lato sensu*, declinado de várias formas e que não exclui, nalgumas delas, uma vocação assimiladora <sup>1668</sup>. Se as dimensões culturais não deixam de estar presentes na regulação da nacionalidade, como é visível no caso da exigência de conhecimentos linguísticos <sup>1669</sup>, elas estão-no também por vezes na concretização de requisitos de acesso à cidadania <sup>1670</sup> ou, então, na exigência de testes de cidadania <sup>1671</sup>.

---

referido. Sobre o alcance destas reservas, JORGE PEREIRA DA SILVA, “Anotação...”, cit. e MARIA JOSÉ RANGEL MESQUITA, *Os direitos...*, cit., p. 141 ss.

<sup>1665</sup> Assim, para a GG, WINFRIED BRÜGGER, “Communitarianism ...”, cit., p. 440.

<sup>1666</sup> Na expressão do Ac. n.º 599/05 do TC. Assim, vejam-se ainda o art. 4.º, n.º 6 e a Lei da Nacionalidade, bem como, no direito internacional, *maxime* o art. 15.º da DUDH, o n.º 3 do art. 24.º do PIDCP e a Convenção Europeia sobre a Nacionalidade (1997), em vigor em Portugal desde 1/02/2002.

<sup>1667</sup> Sobre a relação entre cidadania, identidade e integração, CHRISTIAN JOPPKE, “Immigration...”, cit., p. 533 ss., aludindo à cidadania como *status* ao qual se acede, como estatuto de direitos e como elemento de identidade, notando que as mudanças registadas nas duas primeiras e criaram preocupações sobre a unidade e integração das sociedades, que classicamente eram providenciadas pela cidadania como identidade (muito associada a nação e a nacionalismo), movendo-se a questão da unidade e integração, e com ela da cidadania como identidade, para o topo da agenda política, como é demonstrado pelas campanhas de revalorização do sentido da cidadania através de cerimónias.

<sup>1668</sup> *Vd. supra*, Parte I, Cap. I, 4 e Parte II, cap. II, 3.2 e Cap. III, 1.

<sup>1669</sup> A exigência de conhecimentos linguísticos não se afigura irrazoável tendo em conta a integração que a nacionalidade visa permitir, tanto mais quanto é certo que a língua é um

Neste sentido, as mudanças em 2006 na lei da nacionalidade – reforço do *ius solli*, aprofundando o direito à cidadania dos descendentes de imigrantes e facilitando o acesso à aquisição por naturalização, podendo falar-se hoje num direito subjectivo à cidadania de maior amplitude<sup>1672</sup> - demonstram igualmente um aprofundamento em sentido inclusivo da identidade constitucional, no sentido a que aludimos *supra*. É, de resto, o conceito de comunidade constitucional inclusiva, integradora e solidária que serve de mote para sustentar que a cidadania não possa ser negada a quem tenha com Portugal uma ligação efectiva<sup>1673</sup>. A possibilidade de dupla (ou pluri) cidadania<sup>1674</sup> é frequentemente apontada como um factor adjuvante da integração dos imigrantes, permitindo as múltiplas pertenças (o que, de facto, corresponde à forma como muitas

---

traço cultural não exclusivo, não implicando a aquisição de conhecimentos de uma língua a perda de conhecimentos da língua nativa, jogando-se no grau de exigência o cumprimento das exigências de proporcionalidade da medida perante o fim visado.

<sup>1670</sup> A Lei espanhola da nacionalidade (art. 22.º/4 do Código Civil) exige a “integração suficiente” do requerente, o que permitiu já a recusa de nacionalidade por poligamia do solicitante, considerando-se estar em causa a violação da ordem pública e não ter sido atingido grau de integração suficiente, *vd.* STS, rec. 6358/2002, de 19/06/2008. Também em França, em sede de nacionalidade, o *Conseil d’État* considerou, no caso *Caso Faiza A*, n.º 286798, 27/06/2008, a recusa de aquisição da nacionalidade francesa por falha na assimilação, demonstrada por prática radical da sua religião (uso do *niqab*), de forma contrária aos valores essenciais da comunidade francesa e designadamente com o princípio da igualdade de sexos. Anteriormente, no *Caso M.B.*, n.º 169368, 19/11/1997, tratando-se de oposição à aquisição de nacionalidade por falha de assimilação, considerara-se que a circunstância de M.B. se afirmar como muçulmano crente e observador estrito dos preceitos muçulmanos e ter casado com uma francesa muçulmana que usava véu islâmico não era de molde a revelar, por si só, uma falha de assimilação.

<sup>1671</sup> A barreira de admissibilidade está na sondagem de disposições interiores, *vd.* CHRISTIAN JOPPKE, “Immigration...”, *cit.*, p. 542, referindo-se às “Orientações de naturalização” ditadas pelo governo de Baden-Wurtemberg em 2005, que pretendiam averiguar se a “declaração de lealdade” (*Bekanntnis*) à Constituição correspondia às crenças efectivas e à disposição interior do candidato. Para além de discriminatória por apenas se aplicar a candidatos de países da Liga Islâmica, “ao tocar a esfera íntima da pessoa as orientações violavam os direitos de liberdade da Constituição, especialmente a liberdade negativa de opinião e consciência”.

<sup>1672</sup> Referimo-nos aqui à Lei Orgânica n.º 2/2006, de 17/04. Sobre a questão, *vd.* CLAIRE HEALY, *Cidadania...*, *cit.* e JORGE PEREIRA DA SILVA, “Culturas da cidadania” - Em torno de um acórdão do TC e da nova lei da nacionalidade”, *in* *JC*, n.º 11, 2006, p. 81 ss. Estas alterações valeram a Portugal o reconhecimento da sua política de cidadania como a melhor e mais eficaz no MIPEX III de 2011, em comparação com 31 países da Europa e América do Norte. *Vd.* ainda OCDE, *Naturalisation: A Passport for the Better Integration of Immigrants?*, 2010, referindo amiúde a lei da nacionalidade portuguesa, caracterizada como “liberal”, indo ao arrepio de tendências restritivas observadas na generalidade dos Estados-membros da UE.

<sup>1673</sup> JORGE PEREIRA DA SILVA, *Direitos...*, *cit.*, p. 101.

<sup>1674</sup> *Vd.* art. 27.º da Lei da Nacionalidade.

peças experienciam o seu percurso de vida) e traduzindo um entendimento não essencialista da identidade cultural<sup>1675</sup>.

A cidadania não se afigura todavia decisiva para determinar o grau de inclusividade no contexto de multiculturalidade associado à imigração, se e na medida em que a determinação da “condição jusfundamental” dos “não cidadãos”<sup>1676</sup> permita, ainda assim, concluir pela inclusividade. Como nota JORGE PEREIRA DA SILVA<sup>1677</sup>, o princípio geral da equiparação de direitos e deveres desempenha uma função de abertura perante a perspectiva estrita que presidiu à redação dos princípios da universalidade (art. 12.º)<sup>1678</sup> e da igualdade (art. 13.º), assim deixando claro que a titularidade dos direitos fundamentais pertence, *por regra*, a todas as pessoas, independentemente da sua nacionalidade<sup>1679</sup>. Por conseguinte, o não reconhecimento de direitos a estrangeiros ou apátridas é excepcional, carecendo de ser justificado<sup>1680</sup>: ou está constitucionalmente estabelecido ou constitucionalmente autorizado à lei (n.º 2 do art. 15.º, *in fine*), devendo entender-se esta remissão para a lei como autorização para a restrição de direitos e não como remissão configuradora do seu estatuto, assim negando a sua aparente “permissividade” pela exigência de cumprimento dos

---

<sup>1675</sup> Há estudos que apontam para a importância que as pessoas conferem à dupla cidadania, *vd.* CLAIRE HEALY, *Cidadania...*, cit. Sobre a questão, ainda ROBERTA MEDDA-WINDISCHER, *Old...*, cit., p. 68 ss. e PETER SPIRO, “Dual citizenship as human right”, *ICON*, 1, 2010, p. 111 ss.

<sup>1676</sup> Em especial, sobre o estatuto dos estrangeiros, cujas fontes se encontram, não apenas no direito constitucional, mas também no direito internacional público, no direito eurocomunitário e no direito interno, *maxime* de conflitos, LUÍS DE LIMA PINHEIRO, “Direito dos Estrangeiros. Uma perspectiva de Direito Internacional Privado”, in *O Direito*, V, 2006, p. 974 ss., MARIA JOSÉ RANGEL MESQUITA, *Os direitos...*, cit., p. 97 ss. e ainda, de um ponto de vista constitucional e administrativo, CARLA AMADO GOMES/ ANABELA COSTA LEÃO, *A condição...*, cit., *passim*.

<sup>1677</sup> JORGE PEREIRA DA SILVA, “Anotação...”, cit., p. 264.

<sup>1678</sup> A consagração do princípio da universalidade, cujo significado pode ser determinado a partir de diferentes eixos, representa, axiologicamente, “um corolário natural da “igual dignidade” de todas as pessoas, enquanto essência fundadora do sistema de direitos fundamentais”, escreve JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO, *Direitos...*, cit., p. 67.

<sup>1679</sup> Assim, como escreve JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO, *Direitos...*, cit., p. 67-68, na dúvida sobre a atribuição ou titularidade de certo direito fundamental, o intérprete deve presumir que o mesmo foi atribuído constitucionalmente a todas as pessoas – aí incluídos os estrangeiros e apátridas que se encontram ou residam em Portugal, nos termos do art. 15.º - pelo que a exclusão da titularidade está dependente do cumprimento do ónus de justificação.

<sup>1680</sup> Como escreve JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO, “A nova lei de entrada, permanência, saída e afastamento de estrangeiros”, in *RFDUL*, 1-2, 2008, p. 69 ss., p. 95 ss., dos artigos 15.º/1, 12.º/1 e 16.º/2 resulta a presunção de que o estrangeiro goza de todos os direitos fundamentais não expressamente excluídos, carecendo a exclusão de ser justificada.

princípios constitucionais da igualdade e da proporcionalidade e dos requisitos constitucionais das restrições resultantes do art. 18.º (ao menos, quando se trate de direitos liberdades e garantias)<sup>1681</sup>. Por essa razão, o estabelecimento de condições de reciprocidade (ou de retaliação) há-de ser entendido nessa sede, *id est*, no campo das restrições de direitos, não resultando (bem ao invés), da CRP o reconhecimento dos direitos “sob condição de reciprocidade”<sup>1682</sup>.

Quer isto dizer que o sistema de direitos fundamentais é, *a priori*, indiferente à qualidade de cidadão, pelo que se mostra apto a acolher a proteção da identidade cultural pela via dos direitos fundamentais independentemente da nacionalidade dos seus titulares. Posto isto, a interpretação favorável à extensão, ainda que diferenciada, dos instrumentos internacionais de proteção das minorias às minorias resultantes de migrações<sup>1683</sup>, é, de um ponto de vista interno, coerente com o resultado a que conduz o princípio da equiparação, com o alcance constitucionalmente consagrado.

Finalmente, a cidadania avulta ainda, quanto à questão da identidade, não apenas como índice de inclusividade, mas como preditor de identidade cultural. Mais uma vez, tal pode ser exemplificado a partir do direito internacional privado, sendo que, da adoção de elementos de conexão “nacionalidade”, “residência habitual” ou “ligação efetiva”, não está ausente uma determinada valoração sobre a forma de entender a integração do estrangeiro, implicando diferentes entendimentos sobre a “cultura” relevante<sup>1684</sup>. A determinação, pela lei, de um critério de conexão relevante,

---

<sup>1681</sup> Assim, JORGE PEREIRA DA SILVA, *Direitos...*, cit., p. 49 ss., J. C. VIEIRA DE ANDRADE, *Os direitos...*, cit., p. 128 e CARLA AMADO GOMES/ ANABELA COSTA LEÃO, *A condição...*, cit., p. 40. Para uma análise da jurisprudência constitucional, ANA LUÍSA PINTO/ MARIANA CANOTILHO, “O tratamento dos estrangeiros e das minorias na jurisprudência constitucional portuguesa”, in *Estudos em homenagem ao Conselheiro José Manuel Cardoso da Costa*, vol. II, Coimbra, Coimbra Editora, 2005, p. 231 ss. e, *inter alia*, Ac. n.º 255/02 do TC (atividade de segurança privada).

<sup>1682</sup> Acompanhamos, por conseguinte, o que escreve JORGE PEREIRA DA SILVA, “Anotação...”, cit., p. 279-280. Sobre a inconstitucionalidade do art. 14.º/2 do C.C., *vd.* LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional Privado*, Coimbra, Almedina, 2009, p. 209 ss.

<sup>1683</sup> *Supra*, Parte III, Cap. I., 1. No entanto, veja-se o Relatório apresentado pela República Portuguesa ao abrigo do art. 25.º, parágrafo 1.º da Convenção-Quadro para a Protecção das Minorias Nacionais (15/12/2004), disponível em <http://www.coe.int/> [10/07/2013] no qual se rejeita a existência de “minorias nacionais” para os efeitos da Convenção, reconhecendo-se a existência de minorias sociais de facto.

<sup>1684</sup> *Vd.* AYELET SHACHAR, “Demystifying...”, cit., p. 438 ss. e ANDREA BÜCHLER, *Islamic...*, cit., p. 18 ss., *maxime* 34 ss. Em especial, as normas de conflitos remetem, frequentemente, a regulação de questão relativas às relações familiares, para a lei pessoal, sendo esta

entre os demais, pode ter por efeito a adscrição automática e não voluntária de um indivíduo a uma cultura iniludivelmente presumida como a sua. Pode, por conseguinte, sustentar-se, do ponto de vista do direito à identidade cultural, na sua dimensão de *liberdade*, a questão de conceder uma maior relevância à *autonomia* do sujeito na determinação da ordem jurídica aplicável e, por essa via, da cultura de pertença. Esta defesa do reconhecimento de soluções destinadas a acomodar a autonomia e a permitir a procura de acordos quanto à lei aplicável em matéria familiar acompanha a tendência para uma progressiva “desinstitucionalização” do Direito da Família e sua abertura a soluções assentes na autonomia conformadora das partes<sup>1685</sup>.

### 2.3. A contextualização da dignidade da pessoa humana

A conceção material de Estado de Direito assenta numa certa imagem de homem que postula, antes de tudo o mais, a sua *dignidade*<sup>1686</sup>. Resta saber, como diz MARIA LÚCIA AMARAL, que entendimento comum podemos nós fazer do que seja esta “dignidade”, que vale como direito positivo<sup>1687</sup>. Trata-se de um conceito que não se deixa captar facilmente, mesmo se – como é o caso – o procuramos na sua dimensão jurídica, atenta a sua multidimensionalidade<sup>1688</sup>.

---

determinada pela cidadania. Entre nós, *vd.* LUÍS LIMA PINHEIRO, *Direito...*, cit., p. 29 ss. e, em especial, p. 34 ss. quanto à problemática da determinação da lei pessoal.

<sup>1685</sup> Complexa se afigura a possibilidade de reconhecer, a uma pessoa com dupla nacionalidade, uma das quais a do foro, a possibilidade de escolher entre as leis aplicáveis em função da nacionalidade – discutindo a questão à face do art. 27.º da Lei da Nacionalidade, LUÍS LIMA PINHEIRO, *Direito...*, cit., p. 440 ss.

<sup>1686</sup> A igualdade como igual dignidade, eixo em torno do qual gira o Estado de Direito, foi, *inter alia*, invocada no Ac. n.º 39/88 do TC. Sobre a jurisprudência do TC relativa ao princípio da dignidade da pessoa humana, *vd.* BENEDITA MACCRORIE, “O recurso ao princípio da dignidade da pessoa humana na jurisprudência do Tribunal Constitucional”, in *Estudos em Comemoração do 10º Aniversário da Licenciatura em Direito da Universidade do Minho*, Almedina, Coimbra, 2004 e MARIA LÚCIA AMARAL, “O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana na Jurisprudência Constitucional Portuguesa”, in *Liber Amicorum José de Sousa e Brito*, Coimbra, Almedina, 2009, p. 945 ss.

<sup>1687</sup> MARIA LÚCIA AMARAL, *A forma...*, cit., p. 162 ss.

<sup>1688</sup> Como é evidenciado, *inter alia*, por INGO SARLET, “As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível”, in *RBDC*, n.º 9, 2007, p. 361 ss. Para uma análise do conceito, remetemos para VASCO DUARTE DE ALMEIDA, “Sobre o valor...”, cit., JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO, “Perfil constitucional da dignidade da pessoa humana: um esboço traçado a partir da variedade de concepções”, in *Estudos em Honra do Professor Doutor José de Oliveira Ascensão*, vol. I, Coimbra,



O art. 1.º da CRP baseia a república portuguesa na dignidade da pessoa humana e na vontade popular, assim fixando os “fundamentos e os limites da ação do Estado”<sup>1689</sup>. A dignidade da pessoa humana é *norma* constitucional, cuja “perfil”, à luz do conceito referencial de dignidade da pessoa humana proposto por MELO ALEXANDRINO<sup>1690</sup>, se desdobra nas dimensões de valor, regra e princípio, apresentando-se como norma *de* e *sobre* direitos fundamentais. A dificuldade resulta de, à dignidade, pedirmos que seja “fundamento” e seja “limite”, como amiúde sucede quando se trata de reconhecer a relevância jusfundamental da identidade cultural.

També à face da Constituição portuguesa fará sentido a necessidade de adotar uma compreensão aberta<sup>1691</sup> da dignidade da pessoa humana, bem como salientar a multidimensionalidade<sup>1692</sup> e a multifuncionalidade da dignidade da pessoa humana no texto constitucional (resultando de uma leitura constitucionalmente adequada do contributo de diversas propostas de compreensão do conceito<sup>1693</sup>).

Como se escreveu *supra*, à dignidade da pessoa humana atribui-se um papel fundacional na proteção multinível da pessoa e dos seus direitos fundamentais<sup>1694</sup>. Entre nós, é em torno da dignidade da pessoa humana que se reconstrói a “unidade de

---

Almedina, 2008, p. 481 ss. e JORGE REIS NOVAIS, *Os princípios...*, cit., p.49 ss. Para uma perspetiva de direito constitucional comparado, MATTHIAS MAHLMANN, “Human...”, cit.

<sup>1689</sup> JORGE MIRANDA/ANTÓNIO CORTÊS, “Anotação...”, cit., p. 77.

<sup>1690</sup> JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO, “Perfil...”, cit., p. 509 ss.

<sup>1691</sup> Assim, entre outros, J. C. VIEIRA DE ANDRADE, *Os direitos...*, cit., p. 101 ss., JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO, “Perfil...”, cit., p. 504 ss. e INGO SARLET, “As dimensões...”, cit., p. 379 ss.

<sup>1692</sup> *Vd.*, por exemplo, INGO SARLET, “As dimensões...”, cit., p. 383, e a *proposta* que aí articula de um conceito de dignidade da pessoa humana, como “a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos”.

<sup>1693</sup> Agrupando as conceções jurídicas sobre a dignidade da pessoa humana em negadoras, absolutizadoras e relativizadoras, JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO, “Perfil...”, cit., p. 489 ss. Sobre questão, ainda NUNO PINTO DE OLIVEIRA, *O direito geral de personalidade e a “solução do dissentimento”. Ensaio sobre um caso de “constitucionalização” do direito civil*, Coimbra, Coimbra Editora, 2002, p. 105 ss. e, recentemente, BENEDITA MAC CRORIE, *A renúncia...*, cit., p. 72 ss.

<sup>1694</sup> *Vd. supra*, Parte I, Cap. II.

sentido” do sistema de direitos fundamentais<sup>1695</sup>, cujos preceitos “não se justificam isoladamente pela proteção de bens jurídicos avulsos, só ganham sentido enquanto ordem que manifesta o respeito pela unidade existencial de sentido que cada homem é para além dos seus actos e atributos”<sup>1696</sup>. A proteção e desenvolvimento das pessoas é o referencial que, direta ou indiretamente, com maior ou menor intensidade, se espelha nos direitos fundamentais constitucionalmente previstos<sup>1697</sup> e auxilia a descoberta de novos direitos e concretização dos existentes<sup>1698</sup>. Os direitos fundamentais, referindo-se a várias dimensões da existência humana, reffectem uma dignidade projectada no “indivíduo como ser autónomo, em si e como membro da comunidade”<sup>1699</sup>, sem que a sua dignidade e valor se reduzam aos “modos de existência comunitária e social”<sup>1700</sup>, estando subjacente a concepção de que a pessoa é “fundamento e fim da sociedade e do Estado”<sup>1701</sup>. A dignidade determina assim o respeito pela pessoa e pela sua autonomia, devendo ser interpretado, como propõe VIEIRA DE ANDRADE, como “referido a cada pessoa (individual), a todas as pessoas sem discriminações (universal) e a cada homem como ser autónomo (livre)”<sup>1702</sup>.

Esta dignidade é a “dignidade da pessoa concreta, na sua vida real e quotidiana; não é a de um ser ideal e abstrato”<sup>1703</sup>, *id est*, é a dignidade do homem

---

<sup>1695</sup> J. C. VIEIRA DE ANDRADE, *Os direitos...*, cit., p. 93 ss. e JORGE MIRANDA, *Manual...*, Tomo IV, cit., p. 219 ss.

<sup>1696</sup> J. C. VIEIRA DE ANDRADE, *Os direitos...*, cit., p. 96.

<sup>1697</sup> JORGE MIRANDA, *Manual...*, Tomo IV, cit., p. 219 e J. C. VIEIRA DE ANDRADE, *Os direitos...*, cit., p. 97. Discutindo esta concepção, *vd.* JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO, *A estruturação...*, vol. II, cit., p. 325 ss.

<sup>1698</sup> JORGE MIRANDA/ ANTÓNIO CORTÊS, “Anotação ao art. 1.º”, cit., p. 83, resalvando que o princípio não é “uma espécie de premissa apta à dedução directa de direitos fundamentais específicos”, mas uma “ideia regulativa” que irradia por “reflexão”. Sobre a função do princípio da dignidade da pessoa humana como princípio capaz de fundar o reconhecimento de novos direitos fundamentais “não escritos”, *vd.* Ac. n.º 130/88 do TC (colheita de órgãos) e 509/02 (rendimento social de inserção) e MARIA LÚCIA AMARAL, “O princípio...”, cit.

<sup>1699</sup> J. C. VIEIRA DE ANDRADE, *Os direitos...*, cit., p. 97. Articulando as duas dimensões, JORGE REIS NOVAIS, *Os princípios...*, cit., p. 53 ss.

<sup>1700</sup> Na expressão de CASTANHEIRA NEVES, retomada por JORGE MIRANDA/ANTÓNIO CORTÊS, “Anotação ao art. 1.º”, cit., p. 82.

<sup>1701</sup> JORGE MIRANDA, *Manual...*, Tomo IV, cit., p. 219.

<sup>1702</sup> J. C. VIEIRA DE ANDRADE, *Os direitos...*, cit., p. 97. *Vd.* ainda JORGE REIS NOVAIS, *Os princípios...*, cit., p. 53 ss., JORGE MIRANDA/ANTÓNIO CORTÊS, “Anotação ao art. 1.º”, cit., p. 88.

<sup>1703</sup> JORGE MIRANDA/ANTÓNIO CORTÊS, “Anotação ao art. 1.º”, cit., p.80. Como se escreveu no Acórdão n.º 101/2009 (procriação medicamente assistida), a “imagem da pessoa” que a

como “ser em relação” – e, por conseguinte, a dignidade avulta na intersubjetividade<sup>1704</sup>, na reciprocidade e no reconhecimento<sup>1705</sup> - e inserido numa determinada comunidade, num determinado contexto social, e num determinado momento<sup>1706</sup>, sem que por isso deixe de estar para além da cidadania portuguesa<sup>1707</sup>.

A necessidade de densificação da dignidade não se opõe à sua possível validade transcultural<sup>1708</sup>, mas exige uma concretização histórico-cultural<sup>1709</sup> aberta à diatópica e ao diálogo intercultural<sup>1710</sup>, adequado por isso a desempenhar a função de inclusividade em comunidades caracterizadas pelo pluralismo mundivisional, religioso ou filosófico<sup>1711</sup>. A articulação entre dignidade da pessoa humana e vontade popular, presente no art. 1.º, se não significa equivalência entre ambas dado que a

---

Constituição pressupõe é, não a de um indivíduo isolado, mas integrado na “realidade efetiva das suas relações familiares e humano-sociais”.

<sup>1704</sup> Sobre a questão, VASCO DUARTE DE ALMEIDA, “Sobre o valor...”, cit., p. 637 e INGO SARLET, “As dimensões...”, cit., p. 369 ss.

<sup>1705</sup> *Vd.* JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO, “Perfil...”, cit., p. 497 ss.

<sup>1706</sup> Como escreve MARIE-LUCE PAVIA, “La dignité de la personne humaine”, in RÉMY CABRILLAC/MARIE-ANNE FRISON-ROCHE/THIERRY REVET (dir.), *Liberté et Droits Fondamentaux*, Paris, Dalloz, 2002, p. 129 ss., a dignidade da pessoa humana tem uma dimensão ética, de valor, também presente no conceito jurídico de dignidade, ao qual acresce a sua concretização histórica e o “filtro” do direito positivo.

<sup>1707</sup> Como escreve JORGE MIRANDA, *Manual...*, Tomo IV, cit., p. 222 e se demonstrou *supra*.

<sup>1708</sup> Reconciliar o universal e o particular pode, assim, passar pela distinção entre os planos de relevância – moral e jurídica – do princípio, entre a dignidade como promessa e a dignidade como princípio jurídico, e pela distinção entre as dimensões de valor, princípio e regra, como propõe JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO, “Perfil...”, cit.

<sup>1709</sup> Sobre esta, J. C. VIEIRA DE ANDRADE, *Os direitos...*, cit., p. 103 ss., JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO, “Perfil...”, cit., p. 506 ss., INGO SARLET, “As dimensões...”, cit., p. 383 ss., VASCO DUARTE DE ALMEIDA, “O valor...”, cit., p. 640 e JORGE MIRANDA, *Manual...*, Tomo IV, cit., p. 222.

<sup>1710</sup> Como bem salienta INGO SARLET, “As dimensões...”, cit., p. 383 ss. Remetemos para o que se escreveu *supra*, Parte I, Cap. II, p. 83 e ss. e para BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS, “Por uma concepção ...”, cit., p. 340 ss., cuja proposta de diálogo intercultural sobre a dignidade humana assenta em diversas premissas, entre as quais a de que todas as culturas possuem concepções de dignidade humana, mas nem todas elas a concebem em termos de direitos humanos, tornando-se por isso necessário identificar preocupações isomórficas entre diversas culturas, a de que todas as culturas são incompletas e problemáticas nas suas concepções de dignidade humana e a de que “todas as culturas têm versões diferentes de dignidade humana, algumas mais amplas que outras, algumas com um círculo de reciprocidade mais amplo que as outras, algumas mais abertas a outras culturas que outras”.

<sup>1711</sup> J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito constitucional...*, cit., p. 226. À complexidade na determinação do conceito de dignidade da pessoa humana em “sociedades pluralistas multiculturais e constitucionalmente agnósticas” se alude no Ac. do STJ, Recurso n.º 4692/07, 09/10/2008 (direito à vida de feto).

vontade popular se subordina finalisticamente à dignidade, significa todavia que ao legislador caberá escolher os meios mais adequados à garantia concreta dessa dignidade<sup>1712</sup>. Da dignidade da pessoa humana resulta, mais amplamente, a vinculação de todos os poderes do Estado à sua proteção, assim como deveres de proteção e inegáveis dimensões de solidariedade<sup>1713</sup>.

Como salienta FRANCK MODERNE<sup>1714</sup>, se analisarmos o princípio da dignidade da pessoa humana para além de uma fundamentação metafísica, é forçoso admitir que a dignidade da pessoa humana não é cumprida somente com a simples abstenção do Estado, no respeito de um espaço de intimidade e imunidade pessoais, antes tem o seu prolongamento natural no direito ao livre desenvolvimento da personalidade e na criação de um quadro político, económico, social, cultural e jurídico susceptível de permitir a plena realização das potencialidades de cada um. Daí a abertura da Constituição de 1976 a uma conceção de dignidade social<sup>1715</sup>.

---

<sup>1712</sup> JORGE MIRANDA/ANTÓNIO CORTÊS, “Anotação ao art. 1.º”, cit., p. 77 ss. *Vd. ainda* Ac. n.º 121/2010 do TC no qual, retomando jurisprudência anterior, se escreve “[...] se o conteúdo da ideia de dignidade da pessoa humana é algo que necessariamente tem de concretizar-se historicamente, já se vê que no Estado moderno — e para além das projecções dessa ideia que encontrem logo tradução ao nível constitucional em princípios específicos da lei fundamental (*maxime*, os relativos ao reconhecimento e consagração dos direitos fundamentais) — há-de caber primacialmente ao legislador essa concretização: especialmente vocacionado, no quadro dos diferentes órgãos de soberania, para a “criação” e a “dinamização” da ordem jurídica, e democraticamente legitimado para tanto, é ao legislador que fica, por isso, confiada, em primeira linha, a tarefa ou o encargo de, em cada momento histórico, “ler”, traduzir e verter no correspondente ordenamento aquilo que nesse momento são as decorrências, implicações ou exigências dos princípios “abertos” da Constituição (tal como, justamente, o princípio da “dignidade da pessoa humana”). E daí que — indo agora ao ponto — no controlo jurisdicional da constitucionalidade das soluções jurídico-normativas a que o legislador tenha, desse modo, chegado (no controlo, afinal, do modo como o legislador preencheu o espaço que a Constituição lhe deixou, precisamente a ele, para preencher) haja de operar-se com uma particular cautela e contenção. Decerto, assim, que só onde ocorrer uma real e inequívoca incompatibilidade de tais soluções com o princípio regulativo constitucional que esteja em causa — real e inequívoca, não segundo o critério subjectivo do juiz, mas segundo um critério objectivo, como o será, p. ex. (e para usar aqui uma fórmula doutrinária expressiva), o de «todos os que pensam recta e justamente» —, só então, quando for indiscutível que o legislador, afinal, não “concretizou”, e antes “subverteu”, a matriz axiológica constitucional por onde devia orientar-se, será lícito aos tribunais (e ao Tribunal Constitucional em particular) concluir pela inconstitucionalidade das mesmas soluções”.

<sup>1713</sup> JORGE MIRANDA/ANTÓNIO CORTÊS, “Anotação ao art. 1.º”, cit., p. 77 ss. e JORGE REIS NOVAIS, *Os princípios...*, cit., p. 52 ss.

<sup>1714</sup> FRANCK MODERNE, “La dignité de la personne comme principe constitutionnel dans les constitutions portugaise et française”, JORGE MIRANDA (org.), *Perspectivas Constitucionais. Nos 20 anos da Constituição de 1976*, vol. I, Coimbra, Coimbra Editora, 1996, p. 197 ss.

<sup>1715</sup> *Vd.*, a propósito, o Ac. n.º 509/02 do TC, cit., e a anotação ao mesmo de J. C. VIEIRA DE ANDRADE, “O “direito ao mínimo de existência condigna” como direito fundamental a

O princípio da dignidade da pessoa humana, articulado com o direito ao livre desenvolvimento da personalidade<sup>1716</sup>, a que voltaremos de seguida, permite sem dúvida fundar a relevância constitucional da identidade cultural. A dignidade da pessoa humana funda o respeito pelas autocompreensões<sup>1717</sup>, aí compreendidas as autocompreensões culturais, uma vez que protege a capacidade humana de “desenvolver uma compreensão de si mesmo e orientar a sua vida em conformidade”, pelo que tratar as pessoas com dignidade significa tratá-las como seres com uma identidade e uma “compreensão de si” concretas<sup>1718</sup>. A identidade cultural, enquanto bem pessoal, releva seja na sua dimensão estática, seja na sua dimensão dinâmica, que acentua a tomada de opções em matéria cultural no processo de desenvolvimento pessoal – ambas estas dimensões podem ser acolhidas pelo direito ao livre desenvolvimento da personalidade<sup>1719</sup>.

---

prestações estaduais positivas – Uma decisão singular do Tribunal Constitucional”, *JC*, n.º 1, 2004, p. 4 ss.

<sup>1716</sup>Sublinhando a relação entre dignidade da pessoa humana e direito ao livre desenvolvimento da personalidade, *vd.* PAULO MOTA PINTO, “O direito...”, *cit.*, p. 151 ss., JORGE MIRANDA/ ANTÓNIO CORTÊS, “Anotação ao art. 1.º”, *cit.*, p. 88 e JORGE REIS NOVAIS, *Direitos...*, *cit.*, p. 49 ss.

<sup>1717</sup>Salientando, como decorrência da dignidade da pessoa humana, a importância conferida às convicções, às autocompreensões e às escolhas do titular na conformação do conteúdo do direito fundamental, de onde resulta a impossibilidade de o Estado de Direito decidir de forma juridicamente vinculativa, à margem ou contra a vontade dos interessados, o que deve entender-se por boa ou má religião ou boa ou má arte, *vd.* JORGE REIS NOVAIS, *Direitos...*, *cit.*, p. 47.

<sup>1718</sup>Como escreve, à face do art. 1.º da GG, GABRIELE BRITZ, *Kulturelle...*, *cit.*, p. 210 ss.

<sup>1719</sup>PATRICIA JERÓNIMO, “Direito...”, *cit.*, p. 380. A articulação entre proteção da identidade e pertença culturais, dignidade da pessoa humana e desenvolvimento da personalidade é também acentuada, *inter alia*, por IGNACIO ARA, “El impacto...”, *cit.*, p. 263 ss., ROBERTO SCARCIGLIA, “Integrazione...”, *cit.*, p. 89 ss., GIOVANNI MARIA FLICK, “Minoranze...”, *cit.*, p. 13, GABRIELE BRITZ, *Kulturelle...*, *cit.*, p. 209 ss. Como escrevíamos *supra*, a fundamentação concreta da proteção da identidade cultural, do indivíduo e/ou de grupos, tem de compreender-se à luz das coordenadas jusfundamentais de cada sistema concreto, *maxime* da estruturação do seu catálogo de direitos fundamentais.

## CAPÍTULO II - A tutela constitucional da identidade e da diversidade culturais

### 1. Proposta de compreensão jusfundamental da pertença cultural

Assente a jusfundamentalidade da liberdade de autodeterminação cultural e da identidade cultural, como dimensão da dignidade da pessoa humana, no reconhecimento da sua autonomia e no valor do desenvolvimento pessoal, a constituição permite o desenvolvimento de uma proteção multidimensional e dinâmica exigida pela pluriformidade da identidade cultural.

Consagrado no art. 26.º pela revisão constitucional de 1997, o direito ao (livre) desenvolvimento da personalidade<sup>1720</sup>, veio reforçar a abertura do sistema de direitos fundamentais<sup>1721</sup>, apresentando “um claro potencial para densificações multiculturalistas<sup>1722</sup>. Com efeito, a personalidade não se desenvolve no vazio, mas por referência a contextos culturais<sup>1723</sup>. Invocamos, a propósito, GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, notando que o sentido do direito ao desenvolvimento da personalidade “não se reduz a um momento estático de proteção da integridade da pessoa; comporta também uma dimensão dinâmica que aponta para a “pessoa em devir”, ou seja, para a pessoa enriquecer a sua dignidade em termos de capacidade de *prestação* no plano pessoal, social e cultural”<sup>1724</sup>.

---

<sup>1720</sup> É discutido o alcance da sua consagração constitucional, tanto mais tendo o legislador da revisão omitido o adjetivo “livre” que a *GG* emprega. Negando relevância a essa omissão, pois o desenvolvimento da personalidade comporta já uma componente de liberdade, PAULO MOTA PINTO, “O direito...”, cit., p. 160 ss. e n. 30. Não se afigura, também, decisivo, do ponto de vista literal, que a CRP não tenha feito acompanhar a previsão deste direito da referência aos limites do n.º 1 do art. 2.º da *GG* (bons costumes, ordem constitucional, direitos de outrem), uma vez que nada autoriza a daí retirar – como, de resto, em relação aos demais direitos fundamentais - uma conclusão pelo seu carácter absoluto, *vd.* RUI MEDEIROS/ ANTÓNIO CORTÊS, “Anotação ao art. 26.º”, in JORGE MIRANDA/RUI MEDEIROS, *Constituição...*, cit., p. 616.

<sup>1721</sup> Assim o sublinha a doutrina, *vd.* RUI MEDEIROS/ ANTÓNIO CORTÊS, “Anotação ao art. 26.º”, cit., p. 615 e PATRÍCIA JERÓNIMO, “Direito...”, cit., p. 377 ss.

<sup>1722</sup> PATRÍCIA JERÓNIMO, “Direito...”, cit., p. 380.

<sup>1723</sup> A CRP, de resto, já no n.º 2 do art. 73.º recorta o desenvolvimento da personalidade como um dos fins da educação e da cultura.

<sup>1724</sup> J. J. GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Constituição...*, vol. I, cit., p. 464.

A sua consagração na Constituição, assumidamente inspirada na constituição alemã<sup>1725</sup>, visou corresponder a um reforço da “tutela da individualidade” e, em particular, das diferenças e da autonomia<sup>1726</sup>, mas sem se quedar pela liberdade no estabelecimento de diferenças, antes comportando a consideração da dimensão social e relacional na qual ocorre o desenvolvimento da personalidade<sup>1727</sup>. Por conseguinte, a garantia jurídica da realização do direito ao desenvolvimento da personalidade, escreve MOTA PINTO, pressupõe “o estabelecimento de um quadro jurídico-normativo de regulamentação dessas relações, por forma a possibilitar justamente condições de desenvolvimento da personalidade, com reconhecimento de capacidades, atribuição de poderes jurídicos e determinação de exigências de comportamento no quadro do ordenamento jurídico”, pelo que não se esgota numa dimensão negativa, numa “ausência de interferência na liberdade de estabelecimento de diferenças do indivíduo”, comportando ainda, como decorrência do princípio da dignidade da pessoa humana, exigências ou directivas protectivas, constituindo o Estado (e, em especial, o legislador), no dever de proteger o desenvolvimento da personalidade<sup>1728</sup>. Assim se compreende que a sua afirmação possa corresponder a um direito subjetivo, mas igualmente à afirmação de um “princípio interpretativo da relação entre o indivíduo e o Estado” e uma “*decisão valorativa* fundamental”, traduzindo “a positivação de um *princípio fundamental* da ordem jurídica do Estado de Direito democrático”<sup>1729</sup>. Pode igualmente ter-se como fundamento de uma “*presunção a favor da liberdade*, em confronto com outros valores”<sup>1730</sup>.

---

<sup>1725</sup> Nem mesmo na Alemanha, de onde é originário, o sentido da norma do art. 2.º/1 da GG é claro, havendo interpretações mais e menos amplas da previsão constitucional. Dando conta da questão, e refletindo sobre o alcance da consagração do “direito ao desenvolvimento da personalidade” no n.º 1 do art. 26.º, com interpretações diferentes, PAULO MOTA PINTO, “O direito...”, cit., p. 157 ss., JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO, *A estruturação...*, vol. II, cit., p. 492 ss. e NUNO PINTO DE OLIVEIRA, *O direito...*, cit., p. 78 ss.

<sup>1726</sup> Assim dá conta PAULO MOTA PINTO, “O direito...”, cit., p. 157 ss., notando que se procurou deixar consagrado um direito de liberdade do indivíduo em relação a modelos de personalidade, integrando um “direito à diferença”, e tendo como sentido fundamental “tutelar a diferença da individualidade de cada ser humano, segundo a sua própria decisão e autonomia – o “núcleo irreduzível de individualidade”.

<sup>1727</sup> PAULO MOTA PINTO, “O direito...”, cit., p. 159.

<sup>1728</sup> PAULO MOTA PINTO, “O direito...”, cit., p. 159 e PATRÍCIA JERÓNIMO, “Direito...”, cit., p. 379.

<sup>1729</sup> PAULO MOTA PINTO, “O direito...”, cit., p. 159-160.

<sup>1730</sup> *Idem*, cit., p. 161.

PAULO MOTA PINTO entende ser de afirmar, entre nós, e na senda da doutrina e jurisprudência alemãs, o reconhecimento, no n.º 1 do art. 26.º, de um direito ao livre desenvolvimento da personalidade, na sua dupla dimensão de “tutela da personalidade, enquanto substrato da individualidade e nos seus diversos aspectos”<sup>1731</sup> (e, em especial, um direito geral de personalidade)<sup>1732</sup> e “tutela da liberdade geral de ação da pessoa humana” (direito geral de liberdade) – afirmando “uma *raiz comum* nessas dimensões, que consiste na garantia das condições de surgimento de uma individualidade autónoma e livre”<sup>1733</sup>. Estas duas dimensões traduzem, segundo a formulação da doutrina alemã, uma dimensão ativa de “proteção da actividade” ou do comportamento, associada à liberdade geral de ação, e uma dimensão passiva de “proteção da integridade”<sup>1734</sup>, não opostas, mas mutuamente dependentes<sup>1735</sup>. Ambas as dimensões são suscetíveis de favorecer a proteção da identidade cultural.

Se a proteção da identidade cultural, nas suas dimensões estáticas e dinâmicas, pode sem dúvida ancorar-se no direito ao livre desenvolvimento da personalidade, em articulação com o princípio da dignidade da pessoa humana, considerando a unidade sistemática da constituição e, em especial, do sistema de direitos fundamentais<sup>1736</sup>, a função efetivamente desempenhada por aquele direito na proteção das dimensões culturais (em sentido lato) relevantes para a identidade pessoal dependerá da sua articulação com outros direitos fundamentais que protegem dimensões culturais da

---

<sup>1731</sup> Na Alemanha, associada a diferentes modelos de desenvolvimento do sujeito, como a autodeterminação, a autopreservação e a autoapresentação, *vd.* BODO PIEROTH/BERNARD SCHLINK, *Direitos Fundamentais. Direito Estadual II*, Lisboa, Universidade Lusitana, 2008, p. 112.

<sup>1732</sup> Assim dotado de base constitucional, *vd.* PAULO MOTA PINTO, “O direito...”, *cit.*, p. 171 ss.

<sup>1733</sup> PAULO MOTA PINTO, “O direito...”, *cit.*, p. 161.

<sup>1734</sup> *Idem*, *cit.*, p. 164 ss., escrevendo que “[e]nquanto num caso o *bem protegido* é fundamentalmente a livre decisão sobre a ação ou omissão própria (liberdade *comportamental*), no outro está em causa (...) a lesão da *integridade pessoal* por terceiros”. *Vd.* ainda GABRIELE BRITZ, *Kulturelle...*, *cit.*, p. 209 ss.

<sup>1735</sup> GABRIELE BRITZ, *Kulturelle...*, *cit.*, p. 211 ss. notando que o direito geral de personalidade protege a identidade concreta do indivíduo e o seu ser, o que é um pré-requisito da ação autodeterminada. A proteção do direito geral de personalidade é a base do desenvolvimento ativo da personalidade através da liberdade geral de ação. Reciprocamente, a proteção deste é condição da preservação da identidade, porque a formação e preservação da identidade se devem à viabilidade de decisões em ações concretas.

<sup>1736</sup> Sobre os princípios da interpretação da constituição e, em especial, sobre o princípio da unidade da constituição, J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional...*, *cit.*, p. 1223 ss.



existência humana<sup>1737</sup>, fazendo avultar a sua dimensão subsidiária de “direito de recolha”<sup>1738</sup> e de cláusula aberta, que resulta de dizer respeito a todos os domínios da vida e, por conseguinte, também àqueles que integram o âmbito de proteção de outros direitos fundamentais<sup>1739</sup>.

Assente a dignidade jufundamental de proteção da cultura por referência ao valor que representa para a pessoa humana, contexto de desenvolvimento e de significação pessoal – ou seja, partindo da “pessoa” para proteger a “cultura”<sup>1740</sup> - procuraremos de seguida densificar a proteção multidimensional e dinâmica exigida pela pluriformidade da identidade cultural. A amplitude das pretensões relacionadas com a proteção da pessoa na sua relação com a cultura *lato sensu* faz adivinhar a necessidade de uma proteção complexa e dinâmica, comportando dimensões substantivas e procedimentais, individuais e colectivas, objetivas e subjetivas.

Como ensina VIEIRA DE ANDRADE, a representação de um direito fundamental como “singular poder ou pretensão jurídica unidimensional ou unidireccional” não espelha a complexidade estrutural dos direitos fundamentais, antes “a representação mais adequada é a de um feixe de faculdade ou poderes de tipo diferente e diverso alcance, apontados em direcções distintas”, e que não se apresenta da mesma forma em todos os direitos fundamentais<sup>1741</sup>. Deste ponto de vista, a nossa proposta de um direito à proteção da identidade cultural assemelha-se a um “conceito quadro”<sup>1742</sup>, compreendendo um feixe de direitos, deveres e princípios constitucionais,

---

<sup>1737</sup> Assim, será necessário ter em conta a expressa previsão, no texto constitucional, de algumas dimensões da tutela da personalidade que, na Alemanha, se reconduzem ao âmbito de proteção do direito ao livre desenvolvimento da personalidade, v.g. o direito à palavra, à imagem, à autodeterminação informacional ou à intimidade da vida familiar – o que não é, de resto, negado, entre nós, mesmo por quem sustenta entendimentos mais amplos da disposição constitucional, *vd.* RUI MEDEIROS/ ANTÓNIO CORTÊS, “Anotação ao art. 26.º”, *cit.*, p. 611 ss. e PAULO MOTA PINTO, “O direito...”, *cit.*, p. 185 ss.

<sup>1738</sup> PAULO MOTA PINTO, “O direito...”, *cit.*, p. 205 ss.

<sup>1739</sup> BODO PIEROTH/BERNARD SCHLINK, *Direitos Fundamentais...*, *cit.*, p. 110 ss. e, contestando esta compreensão face à Constituição, JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO, *A estruturação...*, vol. II, *cit.*, p. 495 ss.

<sup>1740</sup> Em conformidade com as considerações que tecemos *supra*, Parte II, Cap. II, cuja relevância constitucional testámos no Cap. I desta Parte III.

<sup>1741</sup> J. C. VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos...*, *cit.* p. 162 ss., *maxime* p. 163. Um exemplo é a construção de um direito à cultura na Constituição portuguesa, proposto por VASCO PEREIRA DA SILVA, *A cultura...*, *cit.*, p. 94 ss. Desta complexidade demos conta *supra*, Parte I, Cap. I, 1 ss. *Vd.* ainda JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO, *Direitos...*, *cit.*, p.109, enunciando, a propósito, o *postulado da diferenciação* dos direitos fundamentais.

<sup>1742</sup> Sobre este conceito, VASCO PEREIRA DA SILVA, *A cultura...*, *cit.*, p. 86 ss.

vocacionado para a proteção, seja das autocompreensões culturalmente fundadas, seja da liberdade de se autodeterminar em termos culturais, individual ou institucionalmente<sup>1743</sup>, em condições de igualdade.

Assim, uma proposta de densificação da proteção da identidade e autodeterminação culturais do ponto de vista constitucional poderá, quanto a nós, ser estruturada de acordo com os seguintes tópicos:

(a) *articulação entre a proteção geral da identidade cultural ao abrigo da proteção da personalidade cultural, nas suas dimensões estáticas e dinâmicas – id est*, enquanto integridade da identidade cultural de uma pessoa (direito geral de personalidade) e enquanto atividade de auto-desenvolvimento cultural (liberdade geral de ação) - *e a proteção conferida por outros direitos fundamentais*, como o direito à identidade pessoal (art. 26.º), a liberdade de consciência e a liberdade religiosa (art. 41.º), reconhecendo àquela a função de “cláusula geral” de proteção da identidade cultural. Em consequência, reconhecimento de situações de concorrência, na modalidade de cruzamento ou acumulação, de direitos<sup>1744</sup> em torno da proteção jusfundamental da identidade e auto-determinação cultural;

(b) *reconhecimento de dimensões estáticas e dinâmicas da identidade cultural*, protegendo quer a personalidade cultural em sentido estático, aquilo que o indivíduo é, projetada na “imagem de si”, quer a liberdade de autoidentificação em termos culturais (étnicos, raciais, religiosos)<sup>1745</sup> e de autodeterminação cultural. Em especial, proteção de dimensões da identidade cultural enquanto identidade pessoal (n.º 1 do art. 26.º)<sup>1746</sup>;

---

<sup>1743</sup> Sobre a dimensão institucional, *vd.* JORGE MIRANDA, *Manual...*, Tomo IV, cit., p. 113 ss., dimensão que o autor “incorpora” na sua noção de direitos fundamentais como “os direitos ou as posições jurídicas ativas das pessoas enquanto tais, individual ou institucionalmente consideradas, assentes na Constituição”, formal ou material (*ob. cit.*, p. 9).

<sup>1744</sup> Sobre estes conceitos, J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional...*, cit., p. 1269 ss.

<sup>1745</sup> Em especial, atendendo a que algumas das categorias integradoras do conceito de cultura, como a etnia, a raça, não são “cientificamente objetivas” ou suscetíveis de determinação fora dos contextos sociais em que se constroem, *vd.* JULIE RINGELHEIM/OLIVIER DE SCHUTTER, *Ethnic monitoring*, Bruxelas, Bruylant, 2010, p. 82 ss.

<sup>1746</sup> RUI MEDEIROS/ANTÓNIO CORTÊS, “Anotação ao art. 26.º”, cit., p. 609, notam que este direito abrange, em sentido amplo, “o direito de cada pessoa a viver em concordância consigo própria, sendo, em última análise, expressão da liberdade de consciência projectada exteriormente em determinadas opções de vida”, postulando um “princípio de *verdade*

(c) *reconhecimento de inevitáveis dimensões internas e dimensões externas*, estas associadas à exteriorização e atuação em conformidade com a própria cultura (e, por conseguinte, da liberdade de atuação de acordo com a própria cultura, protegendo *prima facie* os comportamentos culturalmente motivados);

(d) *reconhecimento da liberdade de autoidentificação e de autodeterminação cultural, mas igualmente proteção da liberdade de atuação em conformidade com a cultura ou da “personalidade culturalmente determinada”*<sup>1747</sup>, correspondente, no seu núcleo essencial, à proibição de discriminação em função da cultura.

Em especial, importância da dimensão de auto-reconhecimento cultural e da “experiência da identidade”<sup>1748</sup>, impondo especiais deveres de respeito e justificando a afirmação de um direito a contestar as adscrições. Avulta, por conseguinte, a necessidade de articular dimensões objetivas da pertença cultural<sup>1749</sup> com a experiência pessoal diversificada da identidade, ou seja, à forma como uma pessoa se identifica com uma identidade colectiva e que papel essa identidade assume na sua vida<sup>1750</sup>, bem como com a natureza fluida das identidades sociais, aí incluída a étnica<sup>1751</sup>.

---

*pessoal*” nos termos do qual “ninguém deve ser obrigado a viver em discordância com aquilo que pessoal e identitariamente é”. A identidade pessoal é, neste sentido, “aquilo que caracteriza cada pessoa enquanto unidade individualizada que se diferencia de todas as outras pessoas por uma determinada vivência pessoal”, remetendo-se, para sua densificação, para as características elencadas no n.º 2 do art. 13.º, na sua generalidade constitutivas da identidade pessoal.

<sup>1747</sup> A propósito, e sobre a problemática da defesa cultural e da invocação da cultura em tribunal, que não se circunscreve à problemática penal, *vd.* ALISON DUNDES RENTELN *The cultural...*, cit., *passim*, AYELET SHACHAR, “Demistifying...”, cit., PATRÍCIA JERÔNIMO, “Imigração...”, cit. e, especificamente no âmbito penal, CRISTINA DE MAGLIE, *Los delitos...*, cit., *passim* e AUGUSTO SILVA DIAS, “Faz sentido punir o ritual do fanado? Reflexões sobre a punibilidade da excisão clitoridiana”, in *RPCC*, vol. 16, 2006, p. 187 ss.

<sup>1748</sup> Discutindo a autoidentificação, em diálogo com GABRIELE BRITZ, *Kulturelle...*, cit., *vd.* recensão àquela obra de GERD ROELLECKE, in *JZ*, 10, 2001, p. 526.

<sup>1749</sup> Acentuando este aspecto, CRISTINA DE MAGLIE, *Los delitos...*, cit., p. 66 ss.

<sup>1750</sup> SARAH SONG, *Justice...*, cit., p. 31. A autora salienta a estrutura das identidades sociais, que implica a disponibilização de critérios de adscrição, o tratamento pelos outros e a identificação individual, dimensão esta negligenciada pela teoria multiculturalista. Esta dimensão permite compreender a importância da identidade social: esta fornece recursos, narrativas sociais abrangentes, fundamentais para a construção e avaliação da vida de cada um e para as histórias que contamos sobre nós mesmos. Tipicamente, as pessoas identificam-se com vários grupos, mas os grupos em concreto com os quais nos identificamos e com que

(e) *reconhecimento de dimensões de reserva*, v.g. reserva quanto às opções em matéria cultural ou à protecção de dados relativos à identidade cultural<sup>1752</sup>, e de *dimensões de exteriorização*, v.g. ao abrigo da liberdade de expressão (avultando aí a questão do proselitismo<sup>1753</sup>).

(f) *reconhecimento de um direito de acesso e participação na vida cultural*<sup>1754</sup> como requisito para o desenvolvimento da personalidade individual e, em conformidade, deveres estaduais relativos às culturas *qua tale*;

(g) *imposição de deveres estaduais*<sup>1755</sup>, seja perante os indivíduos e a sua identidade cultural, seja perante as culturas enquanto contexto de significação pessoal e, por conseguinte, deveres de respeito, v.g. proibição de assimilação, e de protecção das culturas *qua tale*, na medida do necessário à efetivação do direito fundamental, v.g. deveres de apoio financeiro<sup>1756</sup>.

---

intensidade o fazemos depende do contexto - esta dimensão sugere precisamente a necessidade de atender à experiência da identidade.

<sup>1751</sup> *Vd.* o que escrevemos *supra*, Parte II, Cap. I, sobre a crítica ao conceito essencialista de cultura.

<sup>1752</sup> *Vd.* art. 35.º da CRP e Lei de Protecção de Dados Pessoais (Lei n.º 67/98 de 26/10). Sobre o processamento de dados relativos à raça ou origem étnica, em especila tendo em vista a recolha destes dados no âmbito de políticas de combate à discriminação, JULIE RINGELHEIM/OLIVIER DE SCHUTTER, *Ethnic...*, cit., *passim*.

<sup>1753</sup> Sobre a questão, SARA GUERREIRO, *As fronteiras...*, cit.

<sup>1754</sup> *Vd.*, em especial e atendendo ao n.º 2 do art. 16.º da CRP, o art. 27.º da DUDH, desenvolvido, por sua vez, nos arts. 15.º do PIDESC e 27.º do PIDCP, conforme se deu conta *supra*.

<sup>1755</sup> JORGE REIS NOVAIS, *Direitos...*, cit., p. 93 ss., alude a deveres de respeito, protecção e promoção do exercício e fruição decorrentes de normas de direitos fundamentais, em necessária articulação com reservas específicas e com uma reserva geral de ponderação, com reflexo sobre o alcance e densidade do controlo jurisdicional. Sobre as diferentes modalidades de intervenção legislativa, em especial, J. C. VIEIRA DE ANDRADE, *Os direitos...*, cit., *passim*, *maxime* p. 205 ss. e 263 ss.

<sup>1756</sup> Retornando *supra* ao que se escreveu sobre os direitos de grupos e/ou minorias culturais no contexto multiculturalista, verificámos que entre os direitos poliétnicos propostos por WILL KYMLICKA e as pretensões elencadas por JACOB LEVY se encontram direitos de assistência e promoção de actividades ligadas à expressão cultural. Veja-se, a propósito, a protecção conferia pelo “direito à cultura” no sentido proposto por VASCO PEREIRA DA SILVA e a protecção do património cultural, *maxime* a protecção das tradições culturais enquanto parte integrante do património cultural imaterial ou incorpóreo, “realidade vivificamente identitária”, na expressão de CARLA AMADO GOMES, “Desclassificação...”, cit., p. 37.

O reconhecimento de que o Estado não é culturalmente neutro, de que a sua ordem constitucional, instituições e sistema jurídico, refletem a cultura majoritária, origina, caso o Estado se baseie apenas no princípio da não-discriminação e não sejam garantidas às minorias instituições que permitam preservar e desenvolver a sua cultura, que acabe encorajando, *per omissionem*, a assimilação das minorias<sup>1757</sup>. Todavia, o reconhecimento de deveres de proteção e promoção das culturas, ainda quando não constitucionalmente impostos, terá sempre por limite o carácter mutável das culturas – majoritária e minoritária - e a decisão dos seus membros quanto à sua subsistência e modelação<sup>1758</sup>.

Em especial, no que diz respeito aos deveres de proteção, suscita-se a questão do dever de criminalização<sup>1759</sup> de condutas ofensivas da identidade cultural, individual ou coletivamente percebida, v.g. criminalização do discurso de ódio (“*hate speech*”) e crimes de discriminação étnica, religiosa ou racial<sup>1760</sup>. Avulta, em especial, do ponto de vista da proporcionalidade, a necessidade de considerar outras medidas, aptas a proteger os bens jurídicos em causa, atenta a função de *ultima ratio* do Direito Penal<sup>1761</sup>.

(h) *reconhecimento de dimensões individuais e de dimensões colectivas e institucionais*, v.g. direitos de associações culturais e religiosas, bem como respeito

---

<sup>1757</sup> SINA VAN DER BOGAERT, “State...”, cit., p. 52.

<sup>1758</sup> *Vd. supra*, Parte II, Cap. II. Sobre a questão, face à *GG*, DIETER GRIMM, *Multiculturalidad...*, cit., p. 68, salientando que os direitos de liberdade podem incorporar a proteção de alguns dos seus pressupostos, frequentemente de índole material, nos casos em que a liberdade em causa ficaria sem valor se não se lhes estendesse, mas não pode considerar-se deduzida dos direitos fundamentais a protecção de conteúdos religiosos e culturais determinados, ao jeito de uma “protecção das espécies” cultural, mas apenas da livre actividade cultural e religiosa das pessoas, assim se salvaguardando a possibilidade de mudança. *Vd. ainda* STEFAN HUSTER, *La cultura...*, cit., p. 41 e

<sup>1759</sup> A orientação do Tribunal Constitucional tem sido no sentido da não obrigatoriedade constitucional da tutela penal sempre que esteja em causa um bem jurídico constitucionalmente protegido, compatível, por conseguinte, com uma margem de conformação legislativa, balizada por recurso ao princípio da proporcionalidade, e com a devida consideração da função de *ultima ratio* da tutela penal, *vd.* Acórdão do TC n.º 101/2009 (procriação medicamente assistida), p. 12468 ss. Sobre a questão, do prisma dos direitos fundamentais, JORGE PEREIRA DA SILVA, *Dever...*, cit., p. 44 ss.

<sup>1760</sup> Entre nós, e em especial sobre o crime de discriminação previsto no art. 240.º do Código Penal, *vd.* ANDRÉ LAMAS LEITE, “Direito penal e discriminação religiosa. Subsídios para uma visão humanista”, in *O Direito*, ano 144, 2012, p. 865 ss.

<sup>1761</sup> Ac. n.º 85/85 do TC (interrupção voluntária da gravidez).

*prima facie* pelas dimensões de auto-organização comunitária e institucional<sup>1762</sup>. Em todo o caso, reconhecimento da distinção porosa entre estas dimensões, na medida em que as consequências de decisões relativas ao exercício de direitos individuais não se esgotam no contexto individual, antes se reflectem sobre as comunidades, contribuindo para mudanças e reinterpretações das suas práticas e símbolos<sup>1763</sup>;

(i) *organização procedimental destinada a permitir o reconhecimento e a protecção da cultura na sua dimensão metaindividual*, v.g. através da ação popular e da participação procedimental;

(j) *protecção da diversidade cultural como condição do direito ao respeito e à protecção da identidade cultural* e, em segunda linha, como bem autónomo, designadamente integrante do “património comum da humanidade”<sup>1764</sup>;

Retornando ao que escrevemos *supra*<sup>1765</sup>, pode discutir-se qual o valor da diversidade cultural, se autónomo, se instrumental ou acessório da fruição dos direitos culturais. Em sociedades plurais, a diversidade cultural é condição de fruição dos direitos culturais, assim como é, em consequência, um seu produto. Neste sentido, é garantia do exercício dos direitos culturais mas também resultado desse exercício. Em conformidade com o que escrevemos *supra*, o princípio do respeito e protecção da

---

<sup>1762</sup> *Vd.* o que se escreveu *supra*, Parte II Cap. I, 2.2. e Parte III, Cap. I, 1. A relevância da dimensão “colectiva” ou “institucional” no sistema de direitos fundamentais abrange, na realidade, configurações variadas - direitos individuais de exercício coletivo, direitos fundamentais de pessoas coletivas (n.º 2 do art. 12.º), direitos institucionais, direitos coletivos não institucionais, direitos de grupos. A distinção entre titularidade, exercício e natureza (individual ou colectiva) dos interesses protegidos afigura-se relevante, permitindo iluminar a heterogeneidade dos direitos frequentemente agrupados sob a categoria de “direitos coletivos” ou de “grupos”. Em rigor, do que se trata é de perceber como se organiza a protecção das diversas dimensões culturais da vida humana, que são, constitucionalmente, valiosas. Sobre estas figuras, J. C. VIEIRA DE ANDRADE, *Os direitos...*, cit., p. 115 ss. e JORGE MIRANDA, *Manual...*, Tomo IV, cit., p. 113 ss. Mais uma vez, a liberdade religiosa, nas suas dimensões coletivas e institucionais, permite ilustrar esta pluridimensionalidade, *vd.* JÓNATAS MACHADO, *Liberdade religiosa...*, cit., p. 234 ss.

<sup>1763</sup> SHAUNA VAN PRAAG, *Hijab...*, cit., p. 41 ss.

<sup>1764</sup> *Vd.* *Declaração Universal sobre a Diversidade Cultural*, que estabelece que a diversidade cultural é património comum da humanidade e deve ser reconhecida e consolidada em benefício das gerações presentes e futuras (art. 1.º). Acentuando que se trata de princípios objetivos essenciais da ordem jurídica, mas não direitos, VASCO PEREIRA DA SILVA, *A cultura...*, cit., p. 29.

<sup>1765</sup> Parte II, Cap. I, 2.1.

diversidade cultural funda-se, igualmente, nos princípios da igualdade, da dignidade da pessoa humana e no princípio do pluralismo<sup>1766</sup>, associados ao princípio do Estado de Direito democrático.

A protecção da diversidade cultural releva assim, de um ponto de vista objetivo, associada aos deveres de protecção que, para os poderes públicos, resultam das normas de direitos fundamentais. Para além da obrigação de respeito (manifestada, designadamente, na proibição de assimilação forçada), do princípio da proibição do défice, enquanto obrigação de assegurar um nível mínimo adequado de protecção aos direitos fundamentais<sup>1767</sup>, resultarão obrigações de protecção para os poderes públicos, cuja exigibilidade deverá ser apreciada em função da medida em que a diversidade cultural se revele como condição *necessária* da garantia efetiva da autocompreensão cultural constitucionalmente protegida. Nessa medida, justificar-se-ão obrigações de respeito e de protecção da diversidade cultural, na medida em que a diversidade cultural se traduza numa “condição objetiva da realização de direitos fundamentais”<sup>1768</sup>.

A concretização dos deveres de protecção dos direitos fundamentais opera no vazio, mas no contexto de um determinado sistema constitucional, pelo que implica a consideração dos direitos dos outros e dos valores comunitários constitucionalmente relevantes<sup>1769</sup>. Impõe, por conseguinte, operações de ponderação e concordância prática, impostas pela necessidade de respeitar direitos e liberdades fundamentais ou valores comunitários, ou ambos. Tenha-se presente o que se escreveu quanto à necessidade de não essencializar as culturas, reconhecendo a sua capacidade de mudança e reelaboração, bem como a possibilidade de extinção, e o reconhecimento, aos seus membros, do direito de determinarem o seu destino. Por outro lado, a protecção e promoção da diversidade cultural terá ser articulada com a tarefa estadual de protecção da identidade cultural comum (art. 9.º e art. 78.º) como valor

---

<sup>1766</sup> Aludindo ao pluralismo cultural como expressão política da diversidade cultural, *vd.* art. 2.º da *Declaração Universal sobre a Diversidade Cultural*.

<sup>1767</sup> J. C. VIEIRA DE ANDRADE, *Os direitos...*, cit., p. 140, J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional...*, cit., p. 273 e, na jurisprudência, declaração de voto do Conselheiro Paulo de Mota Pinto ao Ac. n.º 288/98 (referendo IVG) do TC.

<sup>1768</sup> A expressão é de J. C. VIEIRA DE ANDRADE, *Os direitos...*, cit., p. 125.

<sup>1769</sup> *Idem*, cit., p. 140.

comunitário – o que, se tem por limite a assimilação, aponta, por outro lado, no sentido da compreensão intercultural da “identidade cultural comum”<sup>1770</sup>.

(k) em especial, *reconhecimento de que o direito ao respeito e à proteção da identidade cultural pode funcionar como limite à identidade cultural majoritária*, v.g. proibição de assimilação, mas que esta pode igualmente funcionar como limite àquele, v.g. através da ordem pública constitucional;

(l) *compreensão dos direitos de acesso à própria cultura, ou subcomunidade de pertença, articuladamente com o direito de acesso à cultura nacional, ou da comunidade estadual, entendida em sentido intercultural*, mais ou menos assente em pressupostos de tipo cívico ou numa identidade nacional de tipo inclusivo, e, por conseguinte, necessária articulação, para este efeito e em virtude da natureza porosa e mutável das culturas, entre dimensões identitárias de diferente nível; em conformidade, compreensão da referência constitucional a uma “identidade cultural comum” (n.º 2 do art. 78.º) enquanto identidade dialogicamente construída, e não como “identidade cultural da maioria”;

(m) *consideração da identidade cultural na sua dimensão comunitária como dizendo respeito, não apenas às culturas minoritárias, mas também às culturas majoritárias*<sup>1771</sup>, podendo discutir-se se é aí adequada a qualificação de direito

---

<sup>1770</sup> No contexto da evolução do direito internacional no sentido de evitar a uniformização cultural global, da *Convenção sobre a diversidade de expressões culturais* resultam para os Estados, no respeito pela sua liberdade de concretização soberana (al. e) do art. 1.º), obrigações de protecção (art. 4.º) e promoção das *expressões culturais* e, designadamente, a possibilidade de identificar expressões culturais em risco, carecidas de protecção especial, no respeito pelos direitos humanos e pelos direitos de participação cultural, por um lado, e da interculturalidade, por outro. De acordo com o *Preâmbulo*, tal entendimento baseia-se na importância da diversidade cultural para os direitos humanos, no seu contributo para o desenvolvimento de contextos de escolha e no seu “valor humano”, mas igualmente no seu contributo para a paz e a segurança e, por conseguinte, no seu “autónimo” valor de protecção. A uma interpretação semelhante pode conduzir o n.º 2 do art. 78.º da CRP, ainda que a sua articulação com o n.º 1 favoreça a interpretação destas tarefas como forma de concretização dos direitos culturais. Em todo o caso, é igualmente válido, em nosso entender, o que se escreveu *supra* – a protecção e promoção das diferentes formas de expressão cultural terá de ser compatibilizada com o direito à autodeterminação cultural e, por conseguinte, com a possibilidade de extinção da cultura.

<sup>1771</sup> Tal poderá ser ilustrado com recurso ao *Caso Lautsi vs. Itália*, 2011, cit. O Governo italiano invocou (§ 36 do acórdão de 2011) que os símbolos poderiam ser interpretados de formas diferentes, o que acontecia precisamente com o crucifixo, que podia ser percebido não



fundamental ou, o que nos parece mais apropriado, de interesse constitucionalmente protegido.

(n) *relevância inequívoca do princípio da igualdade;*

(o) Finalmente, *convocação de um princípio de interpretação favorável ao reconhecimento das dimensões culturais dos direitos fundamentais*, favorecendo uma opção metodológica pelas concepções alargadas do âmbito de proteção dos direitos. Se uma interpretação inclusiva do âmbito e programa normativos dos preceitos, de forma a proteger, *prima facie*, de forma ampla, manifestações, experiências, vivências, atividades e comportamentos, individuais e coletivos, públicos e privados, motivados por razões religiosas e culturais, pode mostrar-se uma exigência de inclusividade, não significa, em caso algum, entendê-la em prejuízo da “necessária salvaguarda dos direitos dos outros e de bens da comunidade ou do Estado”<sup>1772</sup>.

## 2. Ponderando a “igualdade” e a “diferença”

Como se viu *supra*, a reivindicação dos direitos culturais assenta, não apenas na autonomia, mas igualmente no reconhecimento da desigualdade estrutural resultante da contraposição sociológica entre maiorias e minorias. Deste ponto de vista, a análise pela via da igualdade revela a desigualdade intrínseca de um sistema dominado por uma cultura maioritária ainda que se presuma neutro (presunção de “neutralidade do *status quo*”, na expressão de JÓNATAS MACHADO<sup>1773</sup>), avultando aqui o recurso ao princípio da igualdade como estratégia de prossecução de uma justiça progressiva, que parte de uma situação de desigualdade em direção a uma

---

apenas como símbolo religioso, mas também como um símbolo “ligado à identidade e à cultura”, “símbolo dos princípios e valores que formam a base da democracia e da civilização ocidental”, invocando ainda tratar-se de um símbolo “passivo”, expressão de uma “particularidade nacional”. Mais se invocou que o direito dos pais ao respeito pela sua “cultura familiar” não deveria infringir o direito da comunidade a transmitir a sua cultura ou o direito das crianças a conhecê-la. A presença do crucifixo nas salas de aula, acrescentou o Governo, contribuía para permitir às crianças compreender a comunidade nacional na qual se esperava que se integrassem (§39).

<sup>1772</sup> Seguimos, generalizando, o que para a liberdade religiosa assinala JÓNATAS MACHADO, “Minorias...”, cit., p. 43.

<sup>1773</sup> JÓNATAS MACHADO, “Minorias...”, cit., p. 45.

situação de desejável igualdade. O direito à identidade étnico-cultural pode, desta forma, ser visto como um direito dos mais débeis, ou dos vulneráveis, face à cultura dominante<sup>1774</sup>, gerando específicos deveres de proteção resultantes da necessidade de compensar a desigualdade<sup>1775</sup>, v.g. obrigações de diferenciação positiva, ou deveres de reposição da igualdade.

Como a discussão multiculturalista demonstra, e, entre nós, salienta JÓNATAS MACHADO, numa sociedade pluralista, “o princípio da igualdade não está ao serviço de um projeto de uniformização e igualitarização dos indivíduos e dos grupos, pretendendo, ao invés, proteger a sua diversidade”<sup>1776</sup>. A função de *inclusividade* do princípio da igualdade – que lhe permite funcionar como “cláusula de proteção das minorias” – liga-o ao princípio da dignidade da pessoa humana e do pluralismo, que deve assim ser entendido, em termos mais densos, como pluralismo político e social<sup>1777</sup>.

A complexidade que, neste domínio, cobra o recurso a uma ideia reguladora de igualdade traduz-se, quanto a nós, exemplarmente na fórmula “as pessoas e os grupos sociais têm o direito a ser iguais quando a diferença os inferioriza, e o direito a ser diferentes quando a igualdade os descaracteriza”, que assinala a passagem da “igualdade ou diferença” à “igualdade e diferença”<sup>1778</sup>. A articulação entre igualdade e dignidade – que a Constituição, de resto, expressa através da fórmula da “igual dignidade” (n.º 1 do art. 13.º) – aponta para a fórmula *dworkiniana* de igual consideração e respeito, que significa que a igualdade não garante a cada um o *mesmo* tratamento que é concedido aos demais, mas que ele seja tratado, na imposição de

---

<sup>1774</sup> CRISTINA DE MAGLIE, *Los delitos...*, cit., p. 278.

<sup>1775</sup> Da dignidade da pessoa humana decorre a especial proteção em situação de vulnerabilidade, *vd.* JORGE MIRANDA/ ANTÓNIO CORTÊS, “Anotação...”, cit., p. 84 ss. Na jurisprudência do Tribunal de Estrasburgo, a verificação de uma situação de vulnerabilidade reduz a margem de apreciação estadual e exige razões especialmente ponderosas para a restrição de um direito, referindo-se a grupos associados a “uma história de preconceito e de exclusão”, entre os quais se encontram Roma, homossexuais, pessoas com deficiências mentais, idosos, ou, de outra perspetiva, grupos vulneráveis que sofreram tratamento diferente em razão do sexo, da orientação sexual, da raça ou etnicidade, faculdades mentais, deficiência ou idade. A determinação da vulnerabilidade para efeitos de proteção e o recurso a um conceito apriorístico v.g., perante a discriminação, não se apresentam isentos de dificuldades, *vd.* declaração de voto do juiz Andras Sajò no *Caso M.S.S. vs. Bélgica e Grécia*, 21/01/2011.

<sup>1776</sup> JÓNATAS MACHADO, *Liberdade religiosa...*, cit., p. 287.

<sup>1777</sup> *Vd.* o que, a propósito, se escreveu *supra*.

<sup>1778</sup> BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS, “Por uma conceção ...”, cit., p. 350 ss.

sacrifícios ou concessão de benefícios, *como igual*, com igual consideração e respeito – e daí a diferença entre “tratamento igual” e “tratamento como igual”<sup>1779</sup>. “É porque todos têm igual dignidade que devem ser tratados como iguais”, só sendo admissíveis diferenciações que não ponham em causa a igual consideração e respeito a todos devido, escreve REIS NOVAIS<sup>1780</sup>, sendo para esse efeito relevantes, não apenas os factores que resultam de uma circunstância, mas igualmente os que, resultando em maior ou menor medida de uma escolha<sup>1781</sup>, dizem respeito a “opções individuais sobre planos de vida ou orientações que as pessoas são livres de formar”<sup>1782</sup>. É também esse o sentido que sustentámos ser de atribuir à tolerância como princípio<sup>1783</sup>. A igualdade assim entendida impõe um alargamento do perímetro da igualdade a dimensões que, relacionadas com a autocompreensão individual ou coletiva, possam relevar como factores de desigualdade.

Como expusemos *supra*, não partilhamos o ponto de vista da associação necessária entre “cultura” e “minorias” e partimos, por conseguinte, de uma proposta de tipo universal, destinada a acomodar a protecção da identidade cultural em geral. Tal não significa negar a especificidade da sua invocação por membros de culturas minoritárias.

Face ao art. 13.º da CRP, e considerando as demais projeções da igualdade no texto constitucional, a igualdade, na Constituição, é, não apenas formal, mas também material, não apenas jurídica mas também fáctica e estrutural<sup>1784</sup>. É, por conseguinte, uma igualdade complexa, que autoriza, ou mesmo exige, a compensação de desigualdades e a promoção da igualdade, a que caracteriza o Estado Social<sup>1785</sup>. O

---

<sup>1779</sup> JORGE REIS NOVAIS, *Os princípios...*, cit., p. 101 e JÓNATAS MACHADO, *Liberdade religiosa...*, cit., p. 290 ss.

<sup>1780</sup> JORGE REIS NOVAIS, *Os princípios...*, cit., p. 110.

<sup>1781</sup> Remetemos aqui para o que escrevemos *supra* sobre a distinção entre escolhas e circunstâncias, Parte II, Cap. 2, 2.

<sup>1782</sup> Na formulação de JORGE REIS NOVAIS, *Os princípios...*, cit., p. 110.

<sup>1783</sup> *Vd. supra*, Parte II, Cap. II.

<sup>1784</sup> Sobre estes conceitos, JORGE REIS NOVAIS, *Os princípios...*, cit., p. 103 ss., , MARIA DA GLÓRIA PINTO GARCIA, *Estudos...*, cit., p. 7 ss., 35 ss., ANA MARIA GUERRA MARTINS, *A igualdade...*, cit., p. 39 ss.

<sup>1785</sup> Sobre as dimensões liberais, democráticas e sociais da igualdade, inerentes ao Estado de direito democrático e social (art. 2.º), *vd.* J. J. GOMES CANOTILHO/ VITAL MOREIRA, *Constituição...*, cit., p. 337, sendo que a dimensão social acentua a função social do princípio da igualdade e legitima medidas destinadas a alcançar a igualdade real.

princípio da igualdade não se reduz à proibição de discriminação<sup>1786</sup>, e a sua proteção abrange todos os portadores de interesse próprios na sua aplicação, sejam indivíduos, sejam pessoas coletivas e grupos não personalizados<sup>1787</sup>. Por outro lado, não apenas proíbe discriminações, diretas ou indiretas<sup>1788</sup>, como justifica diferenciações e medidas de ação afirmativa ou ação positiva<sup>1789</sup>.

Sendo entendimento comum que a igualdade impõe um tratamento igual do que é igual e diferente do que é diferente, na medida da diferença<sup>1790</sup>, queda em aberto “o problema fundamental da igualdade”, *id est*, determinar o que é igual e o que é desigual, e o “problema político da igualdade”, *id est*, a quem cabe essa decisão<sup>1791</sup>. O princípio da igualdade não é, assim, “fórmula vazia”, antes adquire conteúdo por referência a um conjunto de valores que, por sua vez, terão de ser determinados perante a realidade; a igualdade relativa é, assim, um “conceito valorativo”, sendo que a “ratio” do tratamento jurídico é “o ponto de referência último da valoração e da escolha do critério”<sup>1792</sup>.

---

<sup>1786</sup> Ainda que esta se destaque no Direito Internacional, como nota ANA MARIA GUERRA MARTINS, *A igualdade...*, cit., p. 51 ss., 56 ss.

<sup>1787</sup> JORGE MIRANDA/ RUI MEDEIROS, “Anotação ao art. 13.º”, in JORGE MIRANDA/RUI MEDEIROS, *Constituição ...*, cit., p. 237.

<sup>1788</sup> Assim, Ac. n.º 232/03 (preferências regionais) do TC. O TEDH estende a proibição de discriminação à discriminação indirecta, acompanhada de inversão do ónus da prova, vd. *Hugh Jordan vs. Reino Unido*, n.º 24746/94, 4/05/2001, § 154. Sobre a questão, EVA BREMS, “Human...”, cit., p. 668 e jurisprudência aí citada.

<sup>1789</sup> Trata-se de um conceito de fronteiras imprecisas como, de resto, a literatura sobre políticas multiculturalistas demonstra. Sobre a questão, vd. ANA MARIA GUERRA MARTINS, *A igualdade...*, cit., p. 69 ss., MARIA DA GLÓRIA PINTO GARCIA, *Estudos...*, cit., p. 21 ss. e 75 ss. e, ainda, GIL NATA, *Diferença cultural e democracia*, Lisboa, ACIDI, 2011, p. 70 ss.

<sup>1790</sup> Na jurisprudência do TC, vd. *inter alia* Ac. n.º 509/92, cit. Também na jurisprudência do TEDH o entendimento da igualdade como tratamento igual do que é igual e diferente do que é diferente, ocorrendo discriminação não apenas quando situações semelhantes são tratadas de forma diferente mas também quando situações diferentes são tratadas da mesma forma, permite amparar queixas contra normas “neutras”, de carácter geral e abstracto, mas que, na sua aplicação, impedem ou obstaculizam práticas culturais e religiosas minoritárias, e em relação às quais a garantia de respeito pelas culturas minoritárias impõe a admissibilidade de exceções, vd. EVA BREMS, “Human...”, cit., p. 667 ss. e, como exemplo, *Thlimmenos vs. Grécia*, n.º 34369/97, 6/04/2000.

<sup>1791</sup> JÓNATAS MACHADO, *Liberdade religiosa...*, cit., p. 286.

<sup>1792</sup> Assim, MARIA DA GLÓRIA PINTO GARCIA, *Estudos...*, cit., p. 29 ss., *maxime* 49.

O princípio da igualdade vincula todos os poderes públicos e, portanto, o próprio legislador<sup>1793</sup>, reclamando, nesta dimensão, “não que todos sejam tratados, em quaisquer circunstâncias, por forma idêntica, mas sim que recebam tratamento semelhante os que se acham em condições semelhantes”<sup>1794</sup>, o que coloca a questão da determinação das condições semelhantes. O que importa, por conseguinte, é distinguir os elementos de semelhança que têm de registar-se – para além dos inevitáveis elementos diferenciadores – para que duas situações devam dizer-se semelhantes em termos de merecerem o mesmo tratamento jurídico”, ou seja, comprovar a existência de “elementos objetivos de diferenciação” ou de “fundamento material razoável”<sup>1795</sup>.

No n.º 2 do art. 13.º, a Constituição estabelece que ninguém deverá ser beneficiado, prejudicado, privado de qualquer direito ou isento de qualquer dever em razão de um elenco de “cláusulas suspeitas”, meramente exemplificativo. Traduz um conjunto de factores historicamente associados a discriminações, consagrados pelo legislador constituinte “tentando interpretar a consciência jurídica da comunidade”<sup>1796</sup> e, por conseguinte, um elenco aberto e susceptível de incorporar novas “explicitações”<sup>1797</sup>. Não se trata, todavia, de mero registo histórico de causas tradicionais de discriminação infundada, mas da identificação de “critérios subjetivos que, pela sua estreita relação com a dignidade das pessoas, a Constituição entendeu serem à partida insusceptíveis de justificar a existência de regimes jurídicos distintos”<sup>1798</sup>.

Ora, constando desse elenco a raça, a religião, língua, ascendência e território de origem, facilmente se comprova que esta cláusula desempenha um papel fundamental no combate à discriminação por motivos culturais. Resta saber, todavia,

---

<sup>1793</sup> *Vd.*, a propósito, Ac. n.º 486/2003 (atletas portadores de deficiência) do TC e, em especial, declaração de voto da Conselheira Maria Fernanda Palma.

<sup>1794</sup> Parecer n.º 14/80 da C.Const. (especial vigilância sobre ciganos), in *Pareceres da Comissão Constitucional*, n.º 12, p. 163-172, p. 167.

<sup>1795</sup> *Idem*, cit., p. 167-168.

<sup>1796</sup> JORGE MIRANDA/ RUI MEDEIROS, “Anotação ao art. 13.º”, *Constituição...*, cit., p. 230.

<sup>1797</sup> Como sucedeu em 2004 com a introdução da menção à orientação sexual, que é apenas uma *explicitação* de uma causa de discriminação já constitucionalmente proibida. Suscitando a questão de o aumento do catálogo de factores de discriminação desincentivar “o activismo judiciário (senão mesmo a actividade)”, ALEXANDRE SOUSA PINHEIRO/MÁRIO JOÃO DE BRITO FERNANDES, *Comentário...*, cit., p. 92.

<sup>1798</sup> Como se escreveu no Ac. n.º 69/08 do TC.

se ela obsta ao desenvolvimento de uma proteção diferenciada e, designadamente, de tipo positivo, voltada para o estabelecimento de medidas de ação afirmativa, posto que esta é reivindicada como complemento da vertente antidiscriminatória. A discriminação positiva distingue-se, contudo, da reposição da igualdade que resulta de uma lei ter conduzido a um resultado desigual.

O estabelecimento das “cláusulas suspeitas” não funda uma presunção absoluta de arbitrariedade das leis que estabeleçam diferenciações com base nesses factores, mas quando muito uma presunção relativa<sup>1799</sup>, não dispensando a tarefa de “aferição jurídico-constitucional da diferença nos parâmetros finalístico, de razoabilidade e de adequação pressupostos pelo princípio da igualdade”<sup>1800</sup>.

Por essa razão, uma diferença de tratamento baseada numa dessas características poderá não violar o princípio da igualdade caso se mostre que a diferença de tratamento é constitucionalmente justificada. Ora, para sê-lo, será necessário, não apenas que o fim prosseguido seja legítimo, mas que os meios também o sejam. Avulta, por conseguinte, a questão do controlo e, em especial, do recurso a controlos intensificados<sup>1801</sup>. Assim, exemplificando, ainda que as necessidades de polícia, traduzidas em regimes de vigilância especial para situações de perigosidade, possam ser um fim legítimo, e que os mecanismos em que se concretiza a “especial vigilância” possam ter-se por adequados ao fim, já a identificação dessas necessidades com base na pertença a uma “etnia” ou na adoção de um determinado “estilo de vida” é suscetível de gerar dúvidas. Não apenas carece de fundamento material bastante uma diferença de tratamento estabelecida com base numa presunção de perigosidade ou num estereótipo, como a mesma não permite determinar a proporcionalidade das medidas adoptadas perante o fim (segurança) visado<sup>1802</sup> e, assim, justificar a medida diferenciadora.

---

<sup>1799</sup> JORGE MIRANDA/RUI MEDEIROS, “Anotação ao art. 13.º”, cit., p. 231 e JORGE REIS NOVAIS, *Os princípios...*, cit., p. 118 ss. *Vd.* ainda Ac. n.º 81/95 do TC.

<sup>1800</sup> Ac. n.º 319/00 do TC.

<sup>1801</sup> Sobre a questão, JORGE REIS NOVAIS, *Os princípios...*, cit., p. 110 ss. e CRISTINA QUEIROZ, *Direitos Fundamentais...*, cit., p. 131 ss.

<sup>1802</sup> *Vd.* Ac. n.º 452/89 do TC e o voto do Conselheiro VITAL MOREIRA, notando que mesmo que fosse de considerar razoável a existência de um regime de “especial vigilância” sobre ciganos e outros nómadas, “sempre haveria de verificar se a “perigosidade criminal” que o acórdão imputa aos ciganos (e aos demais nómadas) justifica *aquelas particulares formas* de vigilância policial. É que, mesmo que fosse legítimo aplicar aqui o princípio “para-situações-desiguais-tratamento-desigual”, sempre haveria de verificar se – estando em causa (como

Assim sendo, os direitos diferenciados – v.g. reconhecimento de direitos linguísticos<sup>1803</sup> - não são automaticamente inconstitucionais por terem por critério um dos fatores do n.º 2 do art. 13.º, mas sê-lo-ão certamente se não apresentarem fundamento material e objetivo capaz de justificar a diferença de tratamento. Do ponto de vista do controlo, à determinação da legitimidade do fim – neste caso, justificada pela proteção das línguas enquanto dimensão da identidade cultural – teria de seguir-se a proporcionalidade dos meios utilizados.

Deste ponto de vista, releva a questão de saber se um tratamento diferenciado se destina a evitar que alguém seja discriminado, direta ou indiretamente, ou a compensar uma desigualdade, ou consubstancia, na realidade, um privilégio<sup>1804</sup>, também proibidos pelo n.º 2 do art. 13.º (que é, note-se, um elenco exemplificativo). Tratando-se de uma lei destinada a repor uma situação de igualdade gerada, por exemplo, pela *não previsão* de uma situação relevante<sup>1805</sup> fará, segundo cremos, sentido sustentar a obrigação, do legislador, de repor a igualdade<sup>1806</sup>.

Se o princípio não veda regimes diferenciados, desde que justificados à face da CRP, a promoção de igualdade através de discriminações positivas ou medidas de ação afirmativa é discutida<sup>1807</sup>. O n.º 2 do art. 13.º não resolve completamente a questão da (in)admissibilidade constitucional de discriminações, como nota JORGE REIS NOVAIS<sup>1808</sup>. Sendo a sua adoção imposta nalgumas situações constitucionalmente previstas, não vemos porque não possam ser adotadas ainda

---

está) um tratamento desfavorável – ele não ultrapassará desmedidamente aquilo que a alegada desigualdade de situações justificaria” (itálico no original). Em especial, sobre o controlo das prognoses do legislador, JORGE PEREIRA DA SILVA, *O dever...*, cit., p. 64.

<sup>1803</sup> Veja-se, a propósito, a Lei n.º 7/99, de 29/01, reconhecendo “direitos linguísticos da comunidade mirandesa”.

<sup>1804</sup> DIETER GRIMM, “Multiculturalidad...”, cit., p. 64-65, escreve que importa determinar se aceitar a regra excepcional se limita a compensar desvantagens ou, pelo contrário, privilegia a minoria e lhe proporciona vantagens face à maioria.

<sup>1805</sup> Por exemplo, não prevendo, quanto ao uso de capacete, a acomodação do uso de uma peça religiosa, v.g. um turbante, para dar um exemplo já tratado pela jurisprudência.

<sup>1806</sup> Sobre os deveres do legislador resultantes do princípio da igualdade, JORGE PEREIRA DA SILVA, *O dever...*, cit., p. 66 ss., mas não considerando, neste caso, existir um dever de reposição da igualdade.

<sup>1807</sup> Problematicando esta admissibilidade e salientando a delicadeza das discriminações positivas, *vd.* MARIA DA GLÓRIA PINTO GARCIA, *Estudos...*, cit., p. 21 ss. e 75 ss. Veja-se, a propósito, o debate sobre a consagração de medidas de ação afirmativa, destinadas a – direta ou indiretamente – a promover a participação política das mulheres, *vd.* AA. VV., *Democracia com mais cidadania*, Presidência do Conselho de Ministros/INCM, 1998.

<sup>1808</sup> JORGE REIS NOVAIS, *Os princípios...*, cit., p. 110 ss.

noutras situações, desde que suportadas por um raciocínio adequado de justificação constitucional<sup>1809</sup>. Em especial no que aos filhos de imigrantes diz respeito, a Constituição autonomizou, na revisão constitucional de 1997, a tarefa estadual de “assegurar aos filhos dos imigrantes apoio adequado para a efetivação do direito ao ensino”<sup>1810</sup>. Esta disposição tem de ser lida articuladamente com o n.º 2 do art. 13.º, uma vez que a origem imigrante pode convocar uma “cláusula suspeita” de discriminação, constitui simultaneamente justificação constitucional para a diferenciação, através de medidas de ação afirmativa e de discriminações positivas<sup>1811</sup>, e fundamento de um especial dever de proteção. A diversidade, a que se aludiu *supra*, pode também relevar do ponto de vista da justificação<sup>1812</sup>.

### 3. Testando a inclusividade

Muitas das “situações difíceis” envolvendo dimensões culturais reconduzem-se, na terminologia da dogmática constitucional, a colisões entre direitos fundamentais ou entre estes e outros bens e princípios jurídico-constitucionais<sup>1813</sup> cuja resolução implica operações – complexas, é certo - de “harmonização, otimização e concordância prática dos direitos e bens em presença”<sup>1814</sup>, a desenvolver no quadro da

---

<sup>1809</sup> MARIA DA GLÓRIA GARCIA, *Estudos...*, cit., p. 26 propõe que se entenda que “o princípio da igualdade só impõe discriminações positivas quando estas correspondam a um consenso social generalizado, forjado no uso consciente da liberdade, renovada diariamente no seu fundamento último, a dignidade humana”.

<sup>1810</sup> al. j) do n.º 2 do art. 74.º.

<sup>1811</sup> Assim, GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Constituição...*, vol. I, cit., p. 901, esta introdução “testemunha, por um lado, a transformação de Portugal num país de imigração e, por outro lado, a necessidade de uma especial “ação afirmativa” do Estado para garantir tal direito, dada a incipiente integração das famílias imigrantes e, no caso dos imigrantes oriundos de países não lusófonos, a falta de domínio da língua portuguesa”.

<sup>1812</sup> *Vd. supra*, o que se escreveu quanto às medidas de discriminação positiva no ensino superior nos EUA e, ainda, a discussão em RONALD DWORKIN, *Levando...*, cit., p. 343 ss.

<sup>1813</sup> Não obstante a diferença de terminologias, será possível distinguir entre conflitos em sentido amplo, ou “colisões de direitos em sentido impróprio”, e conflitos em sentido estrito, ou “colisões autênticas”, *vd.* GOMES CANOTILHO, *Direito constitucional...*, cit., p. 1270 ss., ou entre colisões entre direitos e conflitos entre estes e outros valores afirmados por normas ou princípios constitucionais, *vd.* J. C. VIEIRA DE ANDRADE, *Os direitos...*, cit., p. 298 ss. LORENZO ZUCCA, “Los conflictos...”, cit., p. 9 ss., propõe a distinção entre conflitos em sentido amplo, conflitos em sentido estrito e dilemas constitucionais. *Vd.* ainda WALTER KÄLIN, *Grundrechte...*, cit., p. 3 ss.

<sup>1814</sup> JÓNATAS MACHADO, “Minorias...”, cit., p. 43.



Constituição. A dogmática dos direitos fundamentais está, por conseguinte, em condições de lidar com os problemas emergentes da diversidade cultural, bastando para o efeito mobilizar as construções dogmáticas correspondentes, relativas às colisões e conflitos de direitos fundamentais e seus métodos de resolução, à restrição e à harmonização de direitos<sup>1815</sup>, em especial fazendo uso da ponderação, da concordância prática e do princípio da proporcionalidade, princípio densificador do princípio do Estado de Direito (art. 2.º) e cuja relevância no domínio dos direitos fundamentais encontra apoio, expresso e evidente, no texto constitucional<sup>1816</sup>.

À necessidade de um entendimento amplo do âmbito de protecção dos direitos fundamentais<sup>1817</sup>, a que aludimos, acresce o reconhecimento de uma “primazia” aos direitos fundamentais, nos termos da qual se impõe a necessidade de *justificar* a medida compressora do direito, resulte esta justificada pela necessidade de salvaguardar outros direitos ou bens da comunidade ou do Estado.

Em conformidade com o que escrevemos, a resolução por recurso ao critério da “supremacia do ordenamento jurídico” ou do “ordenamento do país de acolhimento”<sup>1818</sup> não encontra apoio constitucional, ignorando que os “imigrantes” ou as “minorias” podem invocar a protecção dos direitos fundamentais em favor dos seus valores e formas de vida, direitos fundamentais esses que, ainda que consagrados sem ter em vista os conflitos resultantes da diversidade cultural, estabelecem, pela sua formulação geral, critérios igualmente aplicáveis neste contexto<sup>1819</sup>. Acresce que muitas das pretensões relacionadas com a nova diversidade cultural não são, na realidade, “novas”, sendo possível descortinar situações semelhantes capazes de fornecer pontos de apoio.

---

<sup>1815</sup> Nesta matéria, com entendimentos diferenciados, *vd.* J. C. VIEIRA DE ANDRADE, *Os direitos...*, cit., p. 263 ss. e JORGE REIS NOVAIS, *As restrições...*, cit., *passim*.

<sup>1816</sup> Designadamente, no art. 18.º da CRP. Sobre a relação entre *balancing* e proporcionalidade, *vd.* MOSHE COHEN-ELIYA/ IDDO PORAT, “American balancing and German Proportionality: the historical origins”, in *ICON* vol. 8, 2010, p. 263 ss. Sobre a relação entre proporcionalidade e direitos fundamentais, *vd.* ROBERT ALEXI, “Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad”, in *REDC*, n.º 91, 2011, p. 11 ss., aludindo a duas posições básicas sobre a relação entre proporcionalidade e direitos fundamentais, a tese da necessidade e a tese da contingência, e pronunciando-se pela primeira. Entre nós, *vd.* JORGE REIS NOVAIS, *As restrições...*, cit., p. 752 ss.

<sup>1817</sup> Sobre a questão, *vd.* J. C. VIEIRA DE ANDRADE, *Os direitos...*, cit., p. 271 ss. e JORGE REIS NOVAIS, *Direitos...*, cit., p. 97 ss.

<sup>1818</sup> DIETER GRIMM, “Multiculturalidad...”, cit., p. 53 ss.

<sup>1819</sup> *Idem*, cit., p. 54.

Neste sentido, a determinação do “limite dos limites” à acomodação ou do “conteúdo nuclear da ordem constitucional nacional”<sup>1820</sup> - em suma, dos limites à inclusividade – é uma “tarefa em curso”, resultando de um processo de concretização da constituição protagonizado pela comunidade aberta de intérpretes, dada a ausência de uma “ordem hierárquica de valores constitucionais”<sup>1821</sup>. Como vimos *supra*, quando sustentámos um modelo intercultural, a necessidade de conciliar diversidade e coesão não prescinde, pelo contrário, da referência a um conjunto de “regras da convivência” cuja densificação impõe um diálogo intercultural e internormativo. Assim, o apelo aos direitos humanos e/ou fundamentais como limite ao reconhecimento da diversidade não fornece uma resposta de antemão válida para a resolução de um caso concreto, fornece, isso sim, uma indicação metodológica essencial, que é a de que a questão deve ser tratada como uma questão de direitos fundamentais e, por conseguinte, beneficiar do arsenal dogmático correspondente<sup>1822</sup>. Este é, por conseguinte, também um *nível* da inclusão.

No essencial – e como, de resto, os debates em torno dos “casos difíceis” demonstram – o resultado da ponderação de bens não está, em regra, pré-determinado, abrindo espaço a uma diversidade de soluções<sup>1823</sup>. Como escrevemos *supra*, a neutralidade, reconfigurada como dever de justificação, impõe a inclusão, na ponderação, de todos os interesses relevantes<sup>1824</sup> (o que cobra especial relevância estando em causa interesses minoritários), tanto para o legislador como para os tribunais, avultando quanto a estes o “dever de interpretar as leis em conformidade com a Constituição e de ponderar de forma razoável e proporcional os direitos e interesses constitucionalmente em colisão, especialmente nos casos em que se torne evidente que o legislador deixou de ponderar devidamente dimensões essenciais dos direitos fundamentais, que não podem ficar desprotegidas nem ficar, pura e simplesmente, na dependência da boa vontade do legislador maioritário”, especialmente nos casos em que se trate de minorias especialmente desprovidas de poder e influência e, por isso, “especialmente vulneráveis diante de um processo

---

<sup>1820</sup> DIETER GRIMM, “Multiculturalidad...”, cit., p. 69.

<sup>1821</sup> J. C. VIEIRA DE ANDRADE, *Os direitos...*, cit., p. 300.

<sup>1822</sup> Que, no caso da CRP, não beneficia da consagração expressa de um princípio de multiculturalismo, *vd.* art. 27.º da *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

<sup>1823</sup> WALTER KÄLIN, *Grundrechte...*, cit., p. 3 ss.

<sup>1824</sup> *Vd. supra*, Parte II, Cap. II, 1.

político estruturalmente maioritário, desse modo contribuindo para o alargamento da fruição dos bens constitucionais a todos os cidadãos”<sup>1825</sup>. A aplicabilidade direta das normas relativas a direitos fundamentais cobra assim uma função de protecção relevante, justamente assinalada por JÓNATAS MACHADO, garantindo aos tribunais um acesso direto à constituição e permitindo-lhes acautelar dimensões essenciais dos direitos que não tenham sido devidamente equacionadas pelo legislador, agindo perante a sua inação total ou parcial<sup>1826</sup> - contra a lei ou na ausência de lei, em suma.

Uma solução deste tipo, que implica o recurso a operações de ponderação e harmonização, está, naturalmente, sujeita às críticas que a estas são apontadas<sup>1827</sup>. Sempre há que dizer-se, em seu benefício, que do que se trata é, não de rejeitar a ponderação, mas de balizá-la ou de estruturá-la de acordo com regras de tipo substancial ou de tipo procedimental<sup>1828</sup>. A este propósito, refira-se a proposta de DIETER GRIMM que, distinguindo entre tipos de pretensões (relativas à liberdade e à igualdade)<sup>1829</sup>, propõe um conjunto de pontos de apoio para a ponderação<sup>1830</sup>.

Assim, nos casos em que se trata de uma pretensão de permissão, por motivos religiosos ou culturais, para fazer algo proibido com carácter geral, estando em causa a ampliação da liberdade a favor desse grupo, entre os critérios que podem relevar inclui o de apurar se a proibição legal protege, como dominante, o próprio indivíduo ou terceiros, sendo que se a finalidade da lei é a protecção do indivíduo ao qual se dirige a proibição, a regra geral será a de que dispensa é possível, ao passo que se a

---

<sup>1825</sup> JÓNATAS MACHADO, “Minorias...”, cit., p. 48

<sup>1826</sup> JÓNATAS MACHADO, “Minorias...”, cit., p. 47. Sobre as omissões do legislador, JORGE PEREIRA DA SILVA, *O dever...*, cit., p. *passim*.

<sup>1827</sup> A bibliografia é vasta, mas vejam-se STAVROS TSAKYRAKIS, “Proportionality: an assault on human rights?”, in *ICON*, vol. 7, 2009, p.468 ss. e KAI MOLLER, “Proportionality...”, cit.

<sup>1828</sup> *Vd.* ERHARD DENNINGER, “Derecho y procedimiento jurídico en una sociedad multicultural”, in ERHARD DENNINGER /DIETER GRIMM, *Derecho Constitucional para la sociedad multicultural*, Madrid, Trotta, 2007, p. 27 ss.

<sup>1829</sup> A distinção não é rígida, nota GRIMM, “Multiculturalidad...”, cit., p. 56-57, uma vez que “os problemas de liberdade podem ser interpretados também como problemas de igualdade, e vice-versa” – “uma limitação da liberdade vigente com carácter geral pode colocar a questão da igualdade quando, atendendo à situação fática, afecta apenas ou de maneira específica um grupo definido por características comuns” e, vice-versa, “uma diferenciação social entre grupos de pessoas pode afectar as liberdades tuteladas pela constituição quando provoca a distribuição desigual das condições que tornam possível o gozo efectivo da liberdade”

<sup>1830</sup> DIETER GRIMM, “Multiculturalidad...”, cit., p. 62 ss. Quanto à admissibilidade de um modelo de preferências aplicativas na resolução de conflitos de direitos fundamentais, *vd.*, sobre a questão, JORGE REIS NOVAIS, *Direitos...*, cit., p. *passim*.

norma existe no interesse de terceiros, a dispensa dependerá da relação entre a verosimilhança e gravidade do risco que sobre eles pesaria se se aceitasse a regra excepcional, por um lado, e a transcendência da intromissão na liberdade individual, por outro.

Exemplificando com o caso do motociclista *sikh* que pretende uma isenção perante a regra geral que impõe o uso de capacete para poder usar o seu turbante *sikh*, em primeiro lugar há que determinar se a sua pretensão se encontra ou não amparada pela liberdade religiosa, sendo de considerar que sim, uma vez que a isenção pretendida se justifica pela necessidade de utilizar uma peça de vestuário religiosa (aqui, é necessário determinar qual o critério para a qualificar uma prática como religiosa, se subjetivo, se objetivo, e sendo de relevar a vontade do crente<sup>1831</sup>); tratando-se de uma norma primacialmente dirigida à proteção do próprio (e mesmo descortinando um interesse da coletividade, enquanto interesse na prevenção de gastos de saúde, suportados pelos impostos, como danos resultantes da auto-colocação em risco), a aplicação deste critério favoreceria a isenção, permitindo ao motociclista usar o turbante de acordo com a sua obrigação religiosa<sup>1832</sup>. Mas o resultado já não seria necessariamente o mesmo no caso, igualmente relativo ao uso do turbante *sikh*, de controlo de segurança no aeroporto, por aí já estar em causa, a título principal, a proteção da segurança e interesses de terceiros.

Avulta igualmente a possibilidade de composição dos interesses em conflito (v.g. permitir a oração sem que tal cause prejuízo para o bom funcionamento laboral).

---

<sup>1831</sup> Sobre a questão, a propósito da liberdade religiosa, JÓNATAS MACHADO, *Liberdade religiosa...*, cit., p. 208 ss. No mesmo sentido, EVA BREMS, “Human...”, cit., p. 675, critica a interpretação restritiva do TEDH do âmbito do art. 9.º, considerando que “o verdadeiro respeito pela religião exige o uso de uma abordagem interna na delimitação do âmbito da liberdade religiosa: apenas os crentes podem conferir autoridade aos requisitos da sua religião”, pelo que a resposta à questão de saber se uma determinada prática deve ou não ser acomodada não deverá depender do âmbito do direito previsto no n.º 1, mas da aplicação das cláusulas de limitação do n.º 2, devendo a questão deve ser colocada como uma questão de restrição, e não como uma questão de interpretação do âmbito de proteção do direito à liberdade religiosa delimitando o que são práticas religiosas.

<sup>1832</sup> Assim se pronuncia DIETER GRIMM, “Multiculturalidad...”, cit., p. 64. A questão foi apreciada em Estrasburgo no Caso *X c. RU*, n.º 7992/77, decisão de admissibilidade da Comissão de 12 /07/1978 (não uso de capacete por razões religiosas por um *sikh*) e no caso *Phull c. França*, decisão de admissibilidade do TEDH em 11/01/2005 (obrigação de remover o turbante *sikh* durante um controlo de segurança num aeroporto). No primeiro caso considerou-se a interferência justificada pela protecção da saúde, no segundo por razões de segurança. Como nota EVA BREMS, “Human...”, cit., p. 675, em nenhum dos casos se considerou a *possibilidade de alternativas*, como capacetes compatíveis com o uso do turbante ou controlos de segurança que não exigissem que aquele fosse retirado.

A opção por soluções de concordância prática – v. g. possibilidade de utilização de capacetes compatíveis com o uso do turbante ou de controlos de segurança que não exijam que aquele seja retirado – em detrimento da simples prevalência de um interesse sobre o outro apresenta a vantagem de não obrigar o indivíduo a escolher entre a sua pertença religiosa e/ou cultural (incumprindo as leis) e o cumprimento das leis gerais (incumprindo os ditames da consciência ou os imperativos culturais). A opção por soluções de harmonização, concordância prática ou acomodação, traduz, por conseguinte, uma escolha por uma solução mais equilibrada de distribuição dos custos do conflito (deste ponto de vista, não será *necessário* recusar a isenção, mesmo que tal se revele *adequado* do ponto de vista dos interesses – de saúde ou segurança – em causa, uma vez que existem alternativas menos gravosas, do ponto de vista da liberdade religiosa do indivíduo, mas igualmente aptas a atingir o fim pretendido pela norma)<sup>1833</sup>. Um exemplo ainda de harmonização dos interesses em conflito é o das disposições destinadas a compatibilizar o respeito pelo dia de guarda das confissões religiosas com as obrigações profissionais, no contexto da relação laboral<sup>1834</sup>.

Quando se trata da imposição de normas internas ao grupo que estão em contradição com as normas gerais vigentes – “o grupo pretende dotar-se de uma liberdade amparada por um direito fundamental na sua relação exterior com o Estado com o fim de suprimir nas relações internas do grupo pretensões de liberdade ou de igualdade vigentes com carácter geral”<sup>1835</sup> - há que atender ao entendimento jusconstitucional da eficácia horizontal dos direitos fundamentais e ao papel do Estado na conformação dessas relações, questão cuja resposta, na nossa ordem

---

<sup>1833</sup> J. C. VIEIRA DE ANDRADE, *Os direitos...*, cit., p. 303.

<sup>1834</sup> *Vd.* n.º 1 do art. 14.º da Lei da Liberdade Religiosa, que determina que os funcionários e agentes do Estado e demais entidades públicas, bem como os trabalhadores em regime de contrato de trabalho, têm o direito de, a seu pedido, suspender o trabalho no dia de descanso semanal, nos dias das festividades e nos períodos horários que lhes sejam prescritos pela confissão que professam, verificadas certas condições, entre as quais a de se tratar de trabalhadores em regime de flexibilidade de horário e haver compensação integral do respectivo período de trabalho. Se o segundo requisito não parece levantar dificuldades, tratando-se de uma restrição justificada pela necessidade de harmonizar o exercício da liberdade religiosa com o cumprimento dos deveres laborais, já o mesmo não pode dizer-se do primeiro, uma vez que afecta desproporcionadamente a titularidade, dela excluindo alguns trabalhadores em função da modalidade de horário, *vd.* PAULO ADRAÇÃO, *A liberdade religiosa...*, cit., p. 472.

<sup>1835</sup> DIETER GRIMM, “Multiculturalidad...”, cit., p. 65.

jurídica, deve partir do n.º 1 do art. 18.<sup>o1836</sup>. GRIMM<sup>1837</sup> propõe a articulação entre os deveres de proteção do Estado, *maxime* o dever de proteção da liberdade individual frente aos perigos causados por terceiros, e o critério da vontade, nos termos do qual releva saber se a limitação da liberdade tem lugar contra a vontade do titular do direito fundamental ou se, mesmo tendo lugar com o seu consentimento, esse consentimento pode ter-se por relevante - assim, as limitações contra a vontade do titular do direito fundamental não podem obter reconhecimento jurídico, ao passo que as que têm o seu acordo não justificam, por regra, uma intervenção estadual.

O limiar de admissibilidade é, por conseguinte, determinado por referência ao consentimento (avultando aí o controlo das condições de formação e revogabilidade e, em especial, da atualidade), aludindo-se a um “núcleo de princípios irrenunciáveis” e limitadores, quais sejam a dignidade da pessoa humana, enquanto fundamento de todos os direitos fundamentais, a integridade física e psíquica, a igualdade de género e a decisão autónoma de cada membro de um grupo sobre a sua permanência no grupo<sup>1838</sup>. Este limiar, que nos parece excessivo, pode ser recortado em termos mais restritivos, por referência à dignidade da pessoa humana ou à integridade física<sup>1839</sup>.

Ora, também no que diz respeito aos “dilemas” da diversidade cultural, verificamos que “a partir do momento em que se invoca uma violação da dignidade deixa de ser necessário dar mais explicações”<sup>1840</sup>. Assim, é frequente ver invocada a dignidade como o limite ao reconhecimento da diversidade e identidade culturais, determinando que práticas não poderão ter-se por aceitáveis, *sem mais*. Ora, sabendo-se que o conceito merece notável e generalizado acolhimento a um nível abstracto

---

<sup>1836</sup> Em especial, pode discutir-se a admissibilidade de uma preferência dos bens individuais sobre os bens coletivos, relevante v.g. nas situações de conflitos entre direitos fundamentais individuais e interesses coletivos como a preservação da identidade cultural de uma comunidade, e determinando a resolução do conflito a favor dos direitos individuais. Sem lhe reconhecermos a rigidez de uma regra, parece-nos contudo admissível a sua afirmação como critério orientador. Sobre a questão, *vd.* YVONNE DONDEES, *Towards...*, cit., p. 338, sustentando que em geral os direitos das comunidades não devem prevalecer sobre os dos seus membros, e ainda MARCELO NEVES, *Transconstitucionalismo*, cit., p. 221 ss.

<sup>1837</sup> DIETER GRIMM, “Multiculturalidad...”, cit., p. 65.

<sup>1838</sup> *Idem*, cit., p. 66. Este argumento do *exit right* exige a concorrência de vários pressupostos, que devem ser garantidos pelo direito fundamental, em especial a possibilidade de contacto com o mundo exterior e a liberdade de receber informação relevante. Sobre a questão, *supra*, Parte II, Cap. II.

<sup>1839</sup> *Vd.* “no harm principle” em que assenta a teoria de ALISON DUNDEES RENTELN, *The Cultural...*, cit., p. 214 ss.

<sup>1840</sup> BENEDITA MACCRORIE, *A renúncia...*, cit., p. 71.

mas não é consensual o sentido que lhe há-de ser atribuído<sup>1841</sup> o apelo a uma ideia abstracta de dignidade não resolve, sem mais, as complexas questões relacionadas com a tutela da diversidade cultural.

Na perspetiva da dignidade como autonomia, a questão da competência na determinação do conteúdo da dignidade resolve-se a favor de uma concepção favorável ao reconhecimento da competência primacial ao indivíduo, cabendo a cada um determinar o grau de "dissonância pessoal" com que quer e/ou pode viver, e que deve ser respeitado. Assim, na perspetiva de REIS NOVAIS, a dignidade da pessoa humana é uma "dignidade da pessoa em si, uma dignidade fundada numa capacidade abstracta e potencial de autodeterminação"<sup>1842</sup>, sendo "ao indivíduo que cabe, primacialmente, a configuração e densificação do conteúdo preciso da sua dignidade"<sup>1843</sup>. Uma concepção nos termos da qual, é certo e parafraseando LUÍS PEREIRA COUTINHO, *o sujeito de dignidade se arvora em autor da mesma dignidade*<sup>1844</sup>, não no sentido em que tudo lhe é permitido, mas no sentido em que nem tudo lhe pode ser imposto. Ou seja, uma concepção de dignidade da pessoa humana como "conceito aberto a um preenchimento onde impera a autonomia do interessado e o seu poder consequente de conformação da própria vida"<sup>1845</sup> levará a uma recusa de que seja a sociedade, ou o Estado, ou terceiros, "a impor ao titular do direito representações de dignidade da pessoa humana pretensamente objetivas que colidam com as concepções segundo as quais o próprio pretende modelar a sua vida" e de que "em nome de uma concepção de dignidade em que o interessado não se revê, a autoridade pública se arrogue o poder de se proteger contra si próprio, impedindo-o, por exemplo, de renunciar a posições protegidas de direitos fundamentais"<sup>1846</sup>. A questão é, portanto, a de *determinar os limites aceitáveis ao poder de o particular determinar o conteúdo da sua dignidade*<sup>1847</sup>, ou seja, os limites da relevância jurídica do seu *consentimento* face a intervenções que, de outro modo, seriam suscetíveis de se

---

<sup>1841</sup> Assim, BENEDITA MACCRORIE, *A renúncia...*, cit., p. 70.

<sup>1842</sup> JORGE REIS NOVAIS, *Os princípios...*, cit., p. 59.

<sup>1843</sup> *Idem*, cit., p. 58.

<sup>1844</sup> LUÍS PEREIRA COUTINHO *A autoridade...*, cit., p. 135.

<sup>1845</sup> JORGE REIS NOVAIS, *Os princípios...*, cit., p. 58.

<sup>1846</sup> *Idem*, cit., p. 61 e 62.

<sup>1847</sup> Sobre a questão, BENEDITA MACCRORIE, *A renúncia...*, cit., p. 210 e segs.

considerar violadoras da dignidade da pessoa humana<sup>1848</sup>. Em suma, como escreve LUÍSA NETO, se a dignidade humana num sistema aberto é “concretizada e concretizável a partir de uma ideia de respeito próprio, auto-estima e valoração de projetos de vida própria”, tal não significa que o Estado tenha o dever de ser “neutral ante os actos de degração da pessoa, devendo assegurar condições de formação da consciência e potenciar a igualdade”<sup>1849</sup>.

Outros tópicos orientadores da ponderação poderão, quanto a nós, ser o do favorecimento de situações destinadas a acomodar a diversidade e a permitir a conciliação entre múltiplas pertenças, tomando em consideração o grau de afectação ou interferência na liberdade de autodeterminação cultural e religiosa, pelo que considerar ilegítima apenas uma afectação que impeça o exercício do direito – v.g., exigindo a acomodação de uma peça de vestuário religioso no local de trabalho apenas se, sem essa permissão, se impossibilitar de todo o exercício das obrigações religiosas – pode traduzir-se num *standard* de protecção demasiado baixo. Do mesmo modo, atenta a especificidade do contexto educativo, não permitir o uso de vestuário religioso, impondo a utilização de um uniforme, pode considerar-se uma afetação não desproporcionada se a aluna dispõe de alternativas reais, v.g., mudança de escola, mas nesse caso importará igualmente ponderar os custos associados a esta solução (v.g. perda de rendimento escolar) e saber se é legítimo que seja a aluna a suportá-los<sup>1850</sup>.

Outro aspecto a ter em conta será a prudência na admissão de argumentos de natureza preventiva. Assim, no caso da restrição do uso do lenço islâmico por professora em estabelecimento escolar público, estabelecer à partida e com carácter preventivo a proibição de uso, sem haver evidência de uma situação de perigo para a paz escolar, poderá revelar-se uma medida desproporcionada, não sendo a

---

<sup>1848</sup> JORGE REIS NOVAIS, *Os princípios...*, cit., p. 62, sustentando que esses limites intervêm quando, “mesmo com o consentimento do lesado, este anua na destruição ou anulação das condições da sua autodeterminação futura ou aceite colocar-se numa situação que iniba a possibilidade de continuar a conformar a sua vida de acordo com planos pessoais livremente concebidos, na medida em que isso signifique uma degradação irreversível, ainda que voluntária, ao nível de um objeto heteronomamente determinado”.

<sup>1849</sup> LUÍSA NETO, *O direito...*, cit., p. 862.

<sup>1850</sup> Sobre a questão, *Shabina Begum v. The Headteacher and Governors of Denbigh High School*, decisões do *Court of Appeal* (2005) e da *House of Lords* (2006) e AGUSTÍN MOTILLA, “La cuestión del pañuelo y de las vestimentas religiosas en Gran Bretaña”, in AGUSTÍN MOTILLA (coord.), *El pañuelo islámico en Europa*, Madrid, Marcial Pons, 2009, p. 141 ss., p. 154 ss.



possibilidade de um “perigo abstracto” por si só justificação suficiente para uma ingerência com a gravidade referida<sup>1851</sup>.

Alguns elementos situacionais, como o tipo de relação em causa, relevam especialmente na discussão, v.g. “relações especiais de poder”<sup>1852</sup> ou relações de domínio ou de especial influência<sup>1853</sup>. Como a jurisprudência sobre a presença de símbolos religiosos na escola pública demonstra, a consideração do tipo de espaço em que a questão se coloca não é irrelevante<sup>1854</sup>. O recurso à delimitação entre espaço público e espaço privado traduz, a final, uma simplicidade enganadora, como demonstra a desconstrução da noção de “esfera pública” a partir das suas dimensões espaciais (comum, política e institucional) e pessoais, proposta por FERRARI<sup>1855</sup>. Esta proposta corrobora, aliás, a relevância da adequada compreensão dos espaços e das suas finalidades para moldar soluções de convivência partilhada. Avulta aí a multidimensionalidade da escola e, em especial, os diferentes papéis desempenhados por estudantes e professores, as finalidades – de desenvolvimento pessoal, mas

---

<sup>1851</sup> Assim, em comentário à decisão *Ludin* do BverfG de 24/09/2003, Caso *Ludin*, 2003, JAIME ROSSEL, “La cuestión del velo islámico y la vestimenta religiosa en la Republica Federal de Alemania”, in AGUSTÍN MOTILLA (coord.), *El pañuelo islámico en Europa*, Madrid, Marcial Pons, 2009, p. 171 ss., p. 190-191. Para uma aplicação do critério do perigo e da perturbação da paz escolar, vd. *Multani v. Commission scolaire ...*, cit. Perante a proibição de porte de um *kirpan* por um estudante, o tribunal, apesar de ter considerado, como alegado pela escola, não ser necessário esperar que o dano ocorra para se justificar uma proibição, entendeu ser necessário estabelecer de forma inequívoca a preocupação com a segurança para se justificar a violação de um direito constitucional.

<sup>1852</sup> Discutindo-se se e em que medida a neutralidade do Estado deve reflectir-se na neutralidade dos seus funcionários. Sobre a questão, vd JORN THIELMANN/KATHRIN VOLHOLZER, “Il ‘burqa’ in Germania: un problema minore”, in *QDPE*, Ano XX, n.º 1, 2012, p. 210 ss., p. 216.

<sup>1853</sup> Aludimos *supra* à questão dos grupos, mas este tipo de critério foi também considerado relevante pelo TEDH nos casos de proselitismo. Para uma discussão, usando a abordagem dos conflitos de direitos, STIJN SMET, “Freedom of Religion Versus Freedom from Religion: Putting Religious Duties Back on the Map”, in JEROEN TEMPERMAN (ed.), *The Lautsi Papers: Multidisciplinary Reflections on Religious Symbols in the Public School Classroom*, Leiden/Boston: BRILL/Martinus Nijhoff, 2012.

<sup>1854</sup> Em sentido diferente, a propósito da liberdade religiosa, TOMÁS PRIETO ÁLVAREZ, *Libertad religiosa y espacios públicos. Laicidad, pluralismo, símbolos*, Thomson Reuters Aranzadi, 2010, p. 213 ss.

<sup>1855</sup> SILVIO FERRARI, “Il “burqa” e la sfera pubblica in Europa”, in *QDPE*, ano XX, 2012, p. 3 ss.

também social, v.g. educação para a tolerância – que desempenha e a partilha de competências entre famílias, grupos culturais e Estado que aí tem lugar<sup>1856</sup>.

Uma menção especial merece, quanto a nós, a cláusula de ordem pública como limite à admissibilidade de práticas culturais<sup>1857</sup>. A Constituição não a menciona expressamente, mas pode ter-se por implícita “numa ordem constitucional livre e democrática”<sup>1858</sup>, sendo tomada como conceito material, “apoiado nas premissas constitucionais da igual dignidade e liberdade de todos os cidadãos”<sup>1859</sup> e, por conseguinte, expressão de “ordenação constitucional material”<sup>1860</sup>. JÓNATAS MACHADO salienta que “os poderes públicos não podem conceder uma primazia sistemática e incondicionada ao bem da ordem pública, partindo daí para a restrição de direitos, liberdades e garantias, devendo, pelo contrário, colocar o acento tónico no cumprimento do dever estadual de protecção dos direitos fundamentais”<sup>1861</sup>. O conceito de ordem pública não é um conceito imutável<sup>1862</sup>, nem geográfica nem historicamente<sup>1863</sup>, podendo sustentar-se o seu preenchimento por recurso a um princípio de tolerância<sup>1864</sup>, o que teria apoio, entre nós, no art. 7.º da Lei da Liberdade Religiosa<sup>1865</sup>.

---

<sup>1856</sup> Vd. AYELET SHACHAR, *Multicultural...*, cit., p. 72 ss., considerando o ensino religioso nas escolas públicas de Estados laicos como uma forma de “governança conjunta” e modalidade de “acomodação transformadora”.

<sup>1857</sup> Considerando trata-se de um fundamento de restrição de base comunitária, vd. JÓNATAS MACHADO, *Liberdade de expressão*, Coimbra, Coimbra Editora, 2002, p. 857.

<sup>1858</sup> JÓNATAS MACHADO, *Liberdade de expressão...*, cit., p. 857. Articulando-a com o art. 29.º da DUDH, JORGE MIRANDA, *Manual...*, Tomo IV, cit., p. 189 ss e, por conseguinte, colocando a questão no plano dos limites. Vd. ainda JORGE REIS NOVAIS, *As restrições...*, cit., p. 437 ss.

<sup>1859</sup> *Idem*, cit., p. 858.

<sup>1860</sup> LUÍSA NETO, “*De die ad diem*: os dias úteis ou a utilidade dos dias. Comentário ao Acórdão do TCAN (1.ª secção) de 8.2.2007, P.1394/06.OBEPRT, in CJA,n.º 74, 2009, p. 37 ss., p. 54.

<sup>1861</sup> JÓNATAS MACHADO, *Liberdade de expressão...*, cit., p. 858.

<sup>1862</sup> LUÍSA NETO, “*De die...*”, cit., p. 54.

<sup>1863</sup> Sobre a questão, Ac. TJUE *Omega*, cit. e TOMÁS PRIETO ÁLVAREZ, *Libertad religiosa...*, cit., p. 137 ss. Na jurisprudência do TEDH, MEDDA-WINDISCHER, *Old...*, cit., p. 200 ss.

<sup>1864</sup> Assim, MARÍA J. ROCA, *La tolerancia en el Derecho*, Madrid, Centro de Estudios (Fundación Registral), 2009, p. 162.

<sup>1865</sup> LUÍSA NETO, “*De die...*”, cit., p. 54.

Recentemente, analisando a legitimidade jurídica do interdição do uso do véu integral <sup>1866</sup>, o *Conseil d'État* aludiu (para o rejeitar<sup>1867</sup>), a par de um uso tradicional da ordem pública como limite ao exercício abusivo de direitos, a um outro sentido de ordem pública, apelidado de positivo, como “base mínima de exigências recíprocas e garantias essenciais da vida em sociedade”, entre as quais a garantia de pluralismo, *id est*, uma ordem pública entendida não apenas como “muralha” contra os abusos relativos ao exercício ilimitado das liberdades mas como base de exigências fundamentais garantidoras do seu livre exercício, susceptível de constituir fundamento para medidas destinadas a impedir que a pessoa se apresente em público de uma forma que impeça o seu reconhecimento, por forma a salvaguardar a igual pertença de cada um ao corpo social, bem como a restringir condutas que possam relevar da autonomia individual mas expressem uma diferença desigual entre sexos percebida como tal. Este novo sentido da “ordem pública”, a ordem pública em sentido positivo ou imaterial, reúne os diferentes sentidos de ordem pública nos diferentes ramos do direito em torno do conceito de “exigências mínimas de convivência”. Aí avulta, em especial, o princípio da igualdade entre homens e mulheres como elemento da ordem pública, susceptível de ser imposto mesmo na ausência de qualquer evidência de que o uso do véu não tenha correspondido senão a um exercício livre de autonomia.

No caso da proibição de uso do véu islâmico<sup>1868</sup> na escola pública, e por mulheres adultas, a sua proibição generalizada com base no princípio da igualdade dos sexos assenta numa pré-determinação do sentido da autonomia suscetível de se revelar contrária a essa autonomia. Assim, a autonomia compreende ainda a possibilidade de adotar um comportamento que apareça, aos olhos dos demais, como traduzindo uma opção – *id est*, um exercício livre de escolha - pela desigualdade ou

---

<sup>1866</sup> CONSEIL D'ÉTAT, *Étude relative aux possibilités juridiques d'interdiction du port du voile integral*, 2010, p. 22 ss., disponível em <http://www.conseil-etat.fr> [20/07/2013]. Para uma análise, ANNE FORNERORD, “Les “affaires” de burqa en France”, in *QDPE*, n.º 1, 2012, p. 63 ss. O conceito foi, depois, retomado na decisão do *Conseil Constitutionnel* de 7/10/2010, que julgou a lei conforme à Constituição.

<sup>1867</sup> Porém, depois de ter exposto o conceito, o *Conseil d'État* alertou para os riscos de uma tal conceção, ainda não “testada”, de ordem pública e rejeitou a sua legitimidade como justificação da interdição de uso do véu.

<sup>1868</sup> Na verdade, são diversos os tipos de indumentária religiosa islâmica, entre os quais o *hijab*, o *niqab* e a *burqa*, vd. SANTIAGO CATALÁ, “Libertad religiosa de la mujer musulmana en el Islam y uso del velo”, in AGUSTIN MOTILLA (coord.), *El pañuelo islámico en Europa*, Madrid, 2009, p. 19 ss.

pela exclusão. Assim, do ponto de vista da autonomia, poderão considerar-se justificadas medidas tendentes a apurar a existência de coação, mas não uma presunção de incapacidade para consentir, expressão de paternalismo e, mesmo, de preconceito<sup>1869</sup>.

Assim, considerando que o uso de indumentária religiosa se reconduz ao âmbito de protecção da liberdade religiosa, e mesmo sendo legítimas, do ponto de vista constitucional, a adoção de medidas destinadas a impor a igualdade entre homens e mulheres, será discutível, do ponto de vista do princípio da proporcionalidade<sup>1870</sup>, que a proibição total (*id est*, em toda e qualquer situação) de uso do véu, e a imposição de sanções às mulheres que o usam, se mostre necessária para promover a igualdade entre homens e mulheres, dada a existência de medidas menos gravosas para a autodeterminação religiosa, ou mesmo adequada, tendo em mente o seu potencial excludente e a possibilidade de conduzir a um dupla vitimização<sup>1871</sup>. Acresce como elemento a ter em conta que o próprio significado a atribuir ao uso do véu é discutível, devendo valer aí a regra da preferência pela auto-compreensão individual do significado das práticas religiosas<sup>1872</sup>. Em suma, acompanhando TULKENS, não se vê como pode o princípio da igualdade de género justificar a proibição, a uma mulher, de seguir uma prática que, na ausência de prova em contrário, adotou livremente, atitude paternalista contrária ao reconhecimento da autonomia pessoal.

Finalmente, o reconhecimento de soluções de tipo procedimental, como as que preconizam a busca de acordos e a negociação de soluções suscetíveis de ser aceites

---

<sup>1869</sup> Em *Dahlab*, cit., *Leyla Sahin vs. Turquia*, cit., em que a proibição do lenço foi invocada em nome da defesa das mulheres, o TEDH considerou que o seu uso era contrário à igualdade de género – o que Eva BREMS, “Human...”, cit., p. 712, considerou altamente contestável e uma ilustração da preocupação com defender o indivíduos do impacto *livremente escolhido* da sua religião ou cultura próprias.

<sup>1870</sup> *Vd.* voto de vencido de FRANÇOISE TULKENS à decisão do TEDH em *Leila Şahin vs. Turquia*, n.º 44774/98, 10/11/2005, cujo raciocínio acompanhamos. Entre nós, *vd.* PATRÍCIA JERÓNIMO, “Intolerância religiosa e minorias islâmicas na Europa: a censura do “Islão visível” - os minaretes e o véu - e a jurisprudência conivente do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem”, 08/01/2013, disponível em <http://hdl.handle.net/1822/22352>.

<sup>1871</sup> Vejam-se, a propósito, a Resolução n.º 1743 (2010) e a Recomendação 1927 (2010) da Assembleia Parlamentar do CE sobre o Islão, o islamismo e a islamofobia na Europa, e o que se escreveu *supra*, Parte II, Cap. II, 2.

<sup>1872</sup> De acordo com o princípio de que cabe ao crente determinar, por regra, o que integra a sua religião, ainda que este critério objetivo possa ser temperado por referências de índole objetiva.

por todos, em vez de “judicializarem” os conflitos, merecem o nosso favor. Assim, exemplificando com a questão da presença de símbolos religiosos na escola pública, partindo de uma solução de “não presença” como regra (por defeito)<sup>1873</sup>, poderão ser favorecidas soluções de tipo procedimental, não vetando o princípio da separação entre o Estado e as confissões religiosas, tal como entendido, entre nós, pela jurisprudência constitucional, a presença de símbolos religiosos nas escolas públicas, por iniciativa e vontade dos membros da comunidade escolar, desde que se trate de símbolos religiosos *nas* escolas, e não *das* escolas, e desde que no respeito pelo princípio da igualdade. A consagração, por lei, de uma solução deste tipo mostra-se apta a favorecer a inclusão, mostrando-se menos gravosa para os direitos e princípios em causa e, por isso, mais conforme ao princípio da proporcionalidade<sup>1874</sup>.

Ainda no contexto das soluções de tipo procedimental, elas podem igualmente ter lugar no contexto das relações entre “intérpretes” da constituição, *maxime* entre o legislador e os tribunais. Exemplificando, no caso do lenço islâmico decidido em 2003 pelo *BVerGE*<sup>1875</sup>, este considerou que não existia na Lei Fundamental base legal para proibir às professoras o seu uso nas escolas, mas que, dada a natureza essencial da questão para os direitos fundamentais dos requerentes, era constitucionalmente indispensável a existência de uma lei decidindo de forma abstracta se é ou não permissível o uso de véu islâmico (§67) e que os *Lander*, tendo competência para

---

<sup>1873</sup> Em conformidade, desde logo, ao princípio segundo o qual ninguém deve ser perguntado pelas suas convicções religiosas, nos termos do art. 41.º, e com a jurisprudência correspondente do TC, *vd.* Ac. n.º 423/87, *cit.*

<sup>1874</sup> Em Espanha, já depois da primeira decisão do caso *Lautsi*, e referindo-se expressamente a ela, o *Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León*, num caso sobre a retirada de crucifixos das aulas e espaços comuns de um colégio público a pedido dos pais de 3 alunos, recusa uma leitura maximalista da laicidade e defende, *in casu*, uma *solução diferenciada*: os crucifixos devem ser retirados das salas de aula, espaços comuns e afins quando seja solicitada a sua retirada com um mínimo de seriedade; porém, quando não haja tal solicitação, não há conflito de direitos que justifique a remoção (*vd.* Sentencia n.º 3250/2009, de 14/12/2009). Na Alemanha, no seguimento da decisão de 1995 do *BverfG* considerando que a norma bávara sobre crucifixos nas escolas era contrária ao princípio da neutralidade do Estado e à liberdade religiosa das crianças não católicas, o Parlamento bávaro aprovou uma lei mantendo a medida anterior mas permitindo aos pais invocar as suas convicções religiosas ou seculares para contestar a presença de crucifixos nas salas de aula frequentadas pelos seus filhos, introduzindo um mecanismo que permitisse alcançar, se necessário, um compromisso ou uma solução adequada ao caso concreto. Submetida a controlo de constitucionalidade junto do Tribunal Constitucional da Baviera, que se pronunciou em 1/08/1997, considerou-se não haver violação da decisão do *BVerfG*, uma vez que não se tratava de estabelecer de modo inevitável a afixação do crucifixo, mas de prever um mecanismo de composição de conflitos eventuais. Sobre este caso, GINEVRA CERRINA FERONI, “L’esperienza...”, *cit.*, p. 75 ss.

<sup>1875</sup> 2 BvR 1436/02, 24/9/2003.

legislar em matéria de ensino, teriam competência para regular a questão. A decisão pode ser vista como uma saída de tipo procedimental<sup>1876</sup>, *id est*, que opta pela “procedimentalização da questão”, uma vez que remete para o legislador – e não retira da Constituição - a determinação da solução<sup>1877</sup>.

Finalmente, o recurso à contraposição direitos da maioria/direitos da minoria não fornece, em abstracto, um critério de solução de conflitos<sup>1878</sup>. A nosso ver, a tolerância significa neste caso que nem a maioria nem a minoria poderão prevalecer sem mais, ou seja, dispensadas de alegar boas razões e bons argumentos. Mas significa a necessidade de incluir, *efetivamente e não apenas formalmente*, as razões da minoria no cabaz de argumentos. Ou seja, há-de valer não como proteção-prevalência das minorias, mas como proteção-inclusão das minorias<sup>1879</sup>.

---

<sup>1876</sup> Analisando a questão sob um ponto de vista político-procedimental, ERHARD DENNINGER, “Derecho...”, cit., p. 43 ss.

<sup>1877</sup> MATTHIAS MAHLMANN, “Religious Tolerance, Pluralist Society and the Neutrality of the State: The Federal Constitutional Court's Decision in the Headscarf Case”, in *GLJ*, n.º 4, 2003, p. 1099 ss.

<sup>1878</sup> *Vd.* MARIA J. ROCA, *La Tolerância...*, cit., p. 203.

<sup>1879</sup> Sobre a questão, MARIA J. ROCA, *La Tolerância...*, cit., p. 203 e análise da jurisprudência do *BVerfG* sobre a cruz em espaços públicos (*BVerf Ge* 93, 1 (*Kruzifix*), 16/05/1995), em CRISTINA SOUSA VELHA/ J.A.TELES PEREIRA, “O caso da cruz”, in *RMP*, n.º 69, 1997. *Vd.* ainda JORGE REIS NOVAIS, *Direitos...*, cit., p. 104 ss.

## SÍNTESE CONCLUSIVA

A expansão do constitucionalismo à escala global serviu-nos de mote para explorar a relação entre pluralismo – *rectius*, pluralismos – e constitucionalismo, confirmando o acerto da afirmação de que não só não há incompatibilidade entre pluralismo e constitucionalismo, como tais dimensões se exigem mutuamente, avultando aí a questão de estruturar um sistema pluralista que articule diferentes níveis de jusfundamentalidade. No constitucionalismo à escala global e na rede de interconstitucionalidade – que é, também, interculturalidade – os direitos fundamentais mostram-se aptos a articular unidade e diversidade, promovendo convergências mas igualmente espelhando a diversidade (cultural) dos ordenamentos nacionais, e impondo complexas operações de diálogo, *maxime* jurisprudencial.

No plano internacional como no interno, assoma a importância de um equilíbrio entre exigências de pluralismo e preservação do desempenho, pela constituição, das suas funções de autodescrição da identidade nacional e de autorreferência – ou seja, preservação de uma identidade constitucional própria. Este conceito pode revelar-se útil, do ponto de vista interno, na demanda por uma identidade constitucional capaz de permanência no tempo e de inclusividade sem “diluição” na realidade ou perda de sentido normativo, bem como, do ponto de vista externo, para “defender” a constituição da assimilação, v.g. no contexto da interconstitucionalidade.

A multiplicidade de discursos sobre os direitos fundamentais – cuja expansão para além do Estado, se evidencia uma convergência em torno da dignidade da pessoa humana e de um patriotismo de direitos humanos, revela igualmente os paradoxos e riscos de uma certa “cultura de direitos” – permite, quanto a nós, ilustrar a multidimensionalidade que caracteriza tais direitos e a necessidade de encontrar vias compromissórias entre abordagens de pendor abstratizante e abordagens puramente contextuais ou pragmáticas. No plano internacional como no interno, a intersubjetividade como interculturalidade surge como caminho para a identificação de “referentes” resultantes de diálogos significativos, impostos pela necessidade de articular a universalização como horizonte de possibilidade com a realidade dos direitos fundamentais na história e na cultura. Tal não significa, por conseguinte, a adoção de uma posição relativista, mas um esforço na compatibilização entre o

relativo e o universal que supõe a capacidade de articular o pluralismo em termos compreensivos.

Por seu turno, a discussão sobre a diversidade cultural e sua compatibilização com as democracias liberais ocidentais não pode ser resolvida através de uma fórmula única ensaiada em abstrato, sendo que a história, o contexto, as partes envolvidas, a identidade constitucional e as demais identidades desempenham um papel fundamental na compreensão, política e normativa, de tal realidade, avultando aí a necessidade de referir a discussão a uma constituição concreta, *in casu*, a Constituição portuguesa de 1976, constituição esta aberta à realidade, à cultura, a uma pluralidade intérpretes mas também a diálogos interconstitucionais e interculturais – e, por conseguinte, à inclusividade.

No debate sobre a acomodação da diversidade cultural, revela-se de importância fundamental distinguir realidade multicultural e compreensão política e normativa dessa realidade. Superada a “querela” entre comunitaristas e liberais, a adequada compreensão da atitude do Estado e, em especial, a discussão e afastamento de entendimentos absolutizadores da sua neutralidade cultural exigem uma nova e complexa forma de entender a igualdade, capaz de articular *dimensões de semelhança* e *dimensões de diferença*. A acomodação da diferença pode, pois, colocar-se nos “velhos termos” da articulação entre liberdade(s) e igualdade. O apelo a uma cidadania diferenciada, capaz de acomodar a expressão das identidades culturais, não deixa sem sentido, antes reforça, a discussão sobre o alargamento da cidadania política e da participação político-comunitária, tanto mais quanto se reconhecem as virtualidades das propostas de democracia deliberativa na gestão da diversidade e a necessidade de articular abordagens “políticas” e “normativas”. Por outro lado, às questões de justiça entre grupos somam-se as questões de justiça no interior dos grupos e a procura de equilíbrios entre indivíduo, grupo e Estado.

A problematização dos conceitos de cultura e de identidade recomenda a adoção de conceitos abertos e não essencialistas, bem como uma abordagem centrada, não nas culturas como blocos suscetíveis de delimitação e de avaliação “em si”, mas nas pretensões culturais, sensível aos contextos e diferenciada. Reconhecendo o valor das pertenças culturais e das culturas para o desenvolvimento da identidade pessoal, avulta ainda o valor da “experiência pessoal da identidade” e das correspondentes dimensões relacionais, bem como a necessidade de não aprisionar os indivíduos nas suas identidades, de valorizar as dimensões de identificação e adscrição voluntárias e



de atender à dimensão de relação entre o indivíduo e o grupo e à situação das minorias internas, considerando os deveres daí resultantes para o Estado.

A necessidade de complementar uma abordagem unitária da relevância do reconhecimento das dimensões culturais (individuais e coletivas) para o desenvolvimento pessoal com uma abordagem diferenciada, capaz de refletir a diversidade de grupos culturais e das suas pretensões, bem como dos contextos em que elas se articulam, justifica-se com base na igualdade complexa que enquadra o reconhecimento da diversidade cultural. Por outro lado, uma abordagem exclusivamente centrada nas minorias culturais esquece que a cultura e a identidade cultural não é privativa dos membros das minorias, e que uma dimensão fundamental da discussão, que avulta especialmente da perspectiva jurídico-constitucional que é a nossa, é a da articulação e interação entre identidades culturais e culturas, sejam minoritárias sejam majoritárias, caminho que a recusa do essencialismo, a que se aludiu, deixa em aberto. A discussão sobre os direitos coletivos revela, por um lado, a heterogeneidade de figuras acolhidas sob essa categoria e, por outro, a necessidade de compatibilizar dimensões individuais e coletivas, o que a juspositivação internacional da proteção da cultura *lato sensu* corrobora. Em especial, a definição da atitude cultural do Estado, problematizando o conceito de neutralidade, sugere a sua compreensão como “inclusão de razões” e o apela a um conceito de tolerância como respeito e igualdade qualitativa (FORST), garantindo as condições de um diálogo comum, essencial à interculturalidade.

Se, como escrevemos, quem sustenta políticas de acomodação multicultural tem, mais tarde ou mais cedo, de lidar com a questão dos seus limites, a sua problematização por referência à dignidade da pessoa humana, ao princípio do Estado de Direito democrático, ao respeito pelos direitos humanos ou ao direito à justificação não dispensa, antes exige, a sua compreensão constitucionalmente adequada por referência a uma concreta constituição. Divisa-se a complementaridade entre dimensões substanciais e dimensões procedimentais - v.g. por recurso ao conceito de acomodação transformadora e a modelos de governança conjunta que favorecem as soluções “a partir do grupo” - e entre dimensões jurídico-normativas e dimensões políticas na abordagem à convivência pluralista e à relação tripartida Estado-grupos-indivíduos.

A análise dos modelos de acomodação da diversidade e de integração de imigrantes permite, não apenas ilustrar a projeção prática da discussão teórica vista,

como justificar a necessidade de uma abordagem contextualizadora capaz de articular os “modelos” abstratos de acomodação, as circunstâncias histórico-concretas de cada país e o tipo de diversidade cultural em causa. O falhanço dos modelos de regulação da multiculturalidade, ao que tudo indica mais aparente que real, reforça contudo a oportunidade da perspetiva intercultural, que confere centralidade ao diálogo entre culturas e revela uma perspetiva aberta e inclusiva que não prescinde da referência um conjunto de valores e princípios comuns, para cuja densificação contribui o constitucionalismo *lato sensu* e, bem assim, cada constituição concreta. Parece inevitável a complementaridade entre uma densificação normativa prévia e abordagens contextuais, dada a inexistência de soluções gerais e abstratas, capazes de servir para todas as situações e todos os contextos, sem que no entanto tal redunde numa defesa do relativismo (exceto no que este tem de apelo à recusa do etnocentrismo), mas numa preferência por formas de pluralismo moderado ou compreensivo, constitucionalmente balizadas e politicamente concretizadas.

A proposta intercultural, como proposta de conciliação entre unidade e diversidade, é uma solução pluralista, também ela assente numa tríplice dimensão de “ideia normativa”, “processo aberto” e “pensamento situado” (VIEIRA DE ANDRADE). Rejeitando os modelos assimilacionistas e também os que, reconhecendo não obstante a diversidade cultural, inviabilizam uma inclusão efetiva, abre-se caminho a um modelo assente no diálogo e integração harmónica entre culturas, tendo na base um conjunto de valores comuns como garantia (mínima) de coesão.

À luz deste modelo, e das suas exigências de inclusão e diálogo, a determinação da inclusividade constitucional das dimensões de identidade e pertença culturais assemelha-se a um teste à capacidade de desempenho, pela Constituição de 1976, de uma “função de inclusividade”, nos termos vistos, exigida pela realidade multicultural. Os princípios do Estado de Direito, democrático, social e cultural, aí compreendidas dimensões de inegável pluralismo, da igualdade e da universalidade (articulados, em especial, no princípio da equiparação de direitos) apontam no sentido da inclusividade, compreendida à luz da dignidade da pessoa humana e concretizada, em especial, através dos direitos fundamentais (e dos princípios relativos à sua interpretação e aplicação). Tal permite acomodar a identidade e a pertença culturais, bem como a diversidade cultural, na sua multidimensionalidade (aí compreendida a proteção multinível), apelando à necessidade de uma interpretação inclusiva dos direitos fundamentais, de uma compreensão aberta do princípio da igualdade e do

reconhecimento da inevitabilidade de ponderações e operações de concordância prática. Como escrevemos *supra*, a inclusividade e os seus limites são resultado de uma convergência entre constituição e democracia e, por conseguinte, simultaneamente obra do legislador democrático e do juiz constitucional, o que implica a distinção entre o que cabe à constituição e o que cabe à política e entre o que deve ser discutido pelos parlamentos e o que deve ser decidido nos tribunais.

Apresenta-se, em suma, uma proposta de enquadramento a partir da Constituição, suscetível de desenvolvimento e concretização dinâmica pela “comunidade de intérpretes” , *maxime* pelo legislador, no espaço de jogo constitucionalmente reconhecido, por recurso a diálogos complexos que têm lugar, não apenas no plano estadual, mas igualmente supraestadual – em suma, diálogos interculturais complexos, que nos impelem, tal como propõe FRANÇOIS OST, a recusar as falsas dicotomias (v.g. nacional/internacional, global/local, nós/os outros, semelhante/diferente) que nos barram o acesso à complexidade do real e, por conseguinte, a abandonar o modo de pensar disjuntivo (ou/ou) e a *ousar o pensamento conjuntivo (e/e)*<sup>1880</sup>.

---

<sup>1880</sup> FRANÇOIS OST, “Préface...”, cit., p. XII.

## BIBLIOGRAFIA CITADA

AA. VV., *Democracia com mais cidadania*, Presidência do Conselho de Ministros/INCM, 1998.

ACKERMAN, Bruce, "Rooted Cosmopolitanism", Faculty Scholarship Series, Paper 135, 1994, disponível em [http://digitalcommons.law.yale.edu/fss\\_papers/135](http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/135) [26/07/2013].

ADRAGÃO, Paulo Pulido, *A liberdade de aprender e a liberdade das escolas particulares*, Lisboa, UCP, 1995.

ADRAGÃO, Paulo Pulido, *A Liberdade religiosa e o Estado*, Coimbra, Almedina, 2002.

ADRAGÃO, Paulo Pulido, "Concordata", in *DJAP*, 3.º Suplemento, Lisboa, 2007.

ADRAGÃO, Paulo Pulido, "Ordem jurídica portuguesa e ordem jurídica canónica: um tema invulgar na jurisprudência constitucional" (Anotação ao Acórdão TC n.º 268/2004), in *JC*, n.º 4, 2004, p. 30 ss.

PAULO PULIDO ADRAGÃO/ ANABELA COSTA LEÃO, "O direito à objeção de consciência por parte do Chefe de Estado, *em questão*. O caso da recusa de promulgação de actos legislativos por mitivo de consciência", in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda*, vol. III, Coimbra, Coimbra Editora, 2012, p. 133 ss.

AGUILLERA PORTALES, Rafael Enrique, "Multiculturalismo, derechos humanos e ciudadanía cosmopolita", in *LJ*, n.º 3, 2006, p.12 ss.

AGRA, Cândido da/ DOMÍNGUEZ, J. Luis/ GARCÍA AMADO, Antonio/ HEBBERECHT, Patrick/ AMADEU RECASENS (eds.), *La seguridad en la sociedad de riesgo. Un debate abierto*, Barcelona, Atelier, 2003.

ALEXANDRINO, José de Melo, *A estruturação do sistema de direitos, liberdades e garantias na Constituição portuguesa*, vol. I e II, Coimbra, Almedina, 2006.

ALEXANDRINO, José de Melo, "A nova lei de entrada, permanência, saída e afastamento de estrangeiros", in *RFDUL*, 1-2, 2008, p. 69 ss.

ALEXANDRINO, José de Melo, "Como ler a Constituição. Algumas coordenadas", in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Paulo de Pitta e Cunha*, vol. III, Coimbra, Almedina, 2010, p. 503 ss., p. 504 ss

ALEXANDRINO, José de Melo, *Direitos Fundamentais (Introdução Geral)*, Estoril, Principia, 2007.

ALEXANDRINO, José de Melo, *O discurso dos direitos*, Coimbra, Coimbra Editora/Wolters Kluwer, 2011.

ALEXANDRINO, José de Melo, "Os direitos das crianças: linhas para uma construção unitária", *ROA*, ano 68, 2008, p. 275 ss.

ALEXANDRINO, José de Melo, "Os direitos fundamentais na CRP de 1976: zonas de diferença no confronto com a Constituição federal brasileira de 1988", *ICJP*, 2010, p. 9, <http://www.fd.ul.pt/LinkClick.aspx?fileticket=ksdzmw1PRw%3D&tabid=332> [29/04/2013].

ALEXANDRINO, José de Melo, “Perfil constitucional da dignidade da pessoa humana: um esboço traçado a partir da variedade de concepções”, in *Estudos em Honra do Professor Doutor José de Oliveira Ascensão*, vol. I, Coimbra, Almedina, 2008, p. 481 ss.

ALEXANDRINO, José de Melo, “Reforma constitucional – lições do constitucionalismo português”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Martim de Albuquerque*, vol. II, Coimbra, FDUL/Coimbra Editora, 2010, p. 9 ss.

ALEXY, Robert, “Derechos fundamentales y Estado Constitucional Democrático”, in MIGUEL CARBONELL (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, cit., p. 31 ss.

ALEXY, Robert, “Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad”, in *REDC*, n.º 91, 2011, p. 11 ss.

ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

ALGOSTINO, Alessandra, “I diritti fra rispetto delle culture e imposizione di un modello: la via dell “universalismo situato”, in ROMANO ORRU/LUCIA G. SCIANELLA (org.), *Limitazioni di sovranità e processi di democratizzazione*, Turim, Giappichelli, 2004, p. 251ss.

ALIBHAI-BROWN, Yasmin, “After Multiculturalism”, in *PQ*, vol. 72, n.º 1 (suplemento), 2001, p. 47 ss.

ALMEIDA, Carlos Ferreira, *Introdução ao Direito Comparado*, Coimbra, Almedina, 1998.

ALMEIDA, Vasco Duarte de, “Sobre o valor da dignidade da pessoa humana”, *RFDUL*, vol. XLVI, 2005, p. 623 ss

AMARAL, Carlos, “Comunitarismo”, in JOÃO CARDOSO ROSAS (org.), *Manual de Filosofia Política*, Coimbra, Almedina, 2008, p. 89 ss.

AMARAL, Diogo Freitas do, *Curso de Direito Administrativo*, II, Coimbra, Almedina, 2003.

AMARAL, Diogo Freitas do, “Parecer sobre a conformidade da lei dos casamentos entre pessoas do mesmo sexo com a Constituição”, in *RDP*, ano III, n.º5, 2011, p. 239 ss.

AMARAL, Maria Lúcia, *A forma da República*, Coimbra, Coimbra Editora, 2005.

AMARAL, Maria Lúcia, “O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana na Jurisprudência Constitucional Portuguesa”, in *Liber Amicorum José de Sousa e Brito*, Coimbra, Almedina, 2009, p. 945 ss.

AN-NA'IM, Abdullahi Ahmed, "Shari'a in the Secular State: A Paradox of Separation and Conflation", in PERI BEARMAN/WOLFHART HEINRICH/BERNARD G. WEISS (ed.), *The Law Applied: Contextualizing the Islamic Shari'a*, Londres e Nova Iorque, I.B. Tauris, 2008, p. 321ss.

AN-NA'IM, Abdullahi Ahmed, "Taming the Imperial Impulse: Realising a Pragmatic Moral Vision", in *EPW*, vol. XLVI, 2011, p. 55 ss.

ANDRADE, J. C. Vieira de, “A Imparcialidade da Administração como Princípio Constitucional”, in *BFDC*, vol. L, 1974, p. 219 ss.

ANDRADE, J. C. Vieira de, “Conclusões”, in *Tribunal Constitucional: 35.º Aniversário da Constituição de 1976*, vol. I, Coimbra, Coimbra Editora/Wolters Kluwer, 2012, p. 175 ss.

ANDRADE, J. C. Vieira de, “Grupos de interesse, pluralismo e unidade política”, in *BFDC*, 1974, p. 2 ss.

ANDRADE, J. C. Vieira de, “O “direito ao mínimo de existência condigna” como direito fundamental a prestações estaduais positivas – Uma decisão singular do Tribunal Constitucional”, in *JC*, n.º 1, 2004, p. 4 ss.

ANDRADE, J. C. Vieira de, *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*, Coimbra, Almedina, 2012.

ANDRADE, J. C. Vieira de, “Os direitos fundamentais no século XXI”, in *Derecho Constitucional para el Siglo XXI*, Tomo II, Navarra, Thomson/Aranzadi, 2006, p. 1051 ss.

ANDRADE, J. C. Vieira de, “Pluralismo”, in *POLIS*, 4, Verbo, col.1280 ss.

ANTUNES, Tiago, “Reflexões constitucionais em tempo de crise económico-financeira”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda*, vol. III, Coimbra, Coimbra Editora, 2012, p. 727 ss.

ARA, Ignacio, “El impacto jurídico de la diversidad cultural”, in *PyD*, n.º 49, 2003, p. 263 ss.

ARAÚJO, Sara, “Pluralismo Jurídico em Moçambique. Uma realidade em movimento”, in *RSJ*, n.º 6, 2008, disponível em [www.sociologiajuridica.net.br](http://www.sociologiajuridica.net.br) [22/04/2013].

ARCHIBUGUI, Daniele, “The Language of Democracy: Vernacular or Esperanto? A Comparison between the Multiculturalist and Cosmopolitan perspectives”, in *PS*, 53, 2005, p. 537 ss.

ARNOLD, Rainer, “Germany. The Federal Constitutional Court of Germany in the context of European integration”, in PATRICIA POPELIER/ CATHERINE VAN DE HEYNING/ PIET VAN NUFFEL (eds.), *Human rights protection in the European legal order : the interaction between the European and the national courts*, Cambridge/Antwerp/Portland, Intersentia, 2011, p. 237 ss.

ASCENSÃO, José de Oliveira, “Pessoa, direitos fundamentais e direito de personalidade”, in *Revista Mestrado em Direito. OSASCO*, ano 6, 2006, p. 145 ss.

ARENDT, Hannah, *As origens do totalitarismo*, Alfragide, D. Quixote, 2004.

AZZARITI, Gaetano, “Cittadinanza e multiculturalismo: immagini riflesse e giudizio politico”, in *DP*, 1, 2008, p. 85 ss.

BADER, Veit, “Legal Pluralism and Differentiated Morality: Shari’a in Ontário?”, in RALPH GRILLO/ ROGER BALLARD/ALESSANDRO FERRARI/ANDRÉ HOEKEMA/MARCEL MAUSSEN/PRAKASH SHAH (eds.), *Legal Practice and Cultural Diversity*, Farnham, Ashgate, 2009, reimp. 2011, p. 49 ss.

BALDINI, Vincenzo, “Il rispetto dell’a identità costituzionale quale contrapeso al processo di integrazione europea”, in *RTJAIC*, n.º 00, 2010.

BALDINI, Vincenzo, “Tutela interna e tutela internazionale dei diritti umani tra sovranità democrática e *Jurisdiktionsstaat* (I limiti della *Volkerrechtsfreundlichkeit* nell’ordinamento costituzionale italiano)”, *RTGAIC*, n.º 2, 2013.

BANTING, Keith/ JOHNSTON, Richard/ KYMLICKA, Will/ SOROKA, Stuart, “Do multiculturalism policies erode the welfare state? An empirical analysis”, in WILL KYMLICKA/ KETH BANTING (eds.), *Multiculturalism and the Welfare State*, Oxford, Oxford University Press, 2006, p. 49 ss.,

BAQUERO CRUZ, Julio, “An area of darkness: three conceptions of the relationship between European Union Law and State Constitutional Law”, in *Europe’s...*, cit., p. 49 ss.

BAKIRCIOGLU, Onder, “The Application of the Margin of Appreciation Doctrine in Freedom of Expression and Public Morality Cases”, in *GLJ*, vol. 8, n.º 7, 2007, p. 711 ss.

BARRETO, Ireneu Cabral, *A Convenção Europeia dos Direitos do Homem Anotada*, Coimbra, Coimbra Editora, 2010.

BARRY, Brian, *Culture and Equality*, Harvard University Press, 2001.

BELVISI, Francesco, “Società multiculturale e costituzione”, in GIORGIO BONGIOVANNI (ed.), *La filosofia del Diritto Costituzionale e i problemi del liberalismo contemporaneo*, Bolonha, CLUEB, 1998, p. 79 ss.,

BELL, Gary F., “Multiculturalism in law is legal pluralism”, in *SJLS*, 2006, p. 315 ss.

BELLAMY, Richard, “Toleration, liberalism and democracy: a comment on Leader and Garzón Valdés”, in *RJ*, vol. 10, n.º 2, 1997, p. 177 ss.

BELEZA, Teresa Pizarro, *Direito das mulheres e da igualdade social*, Coimbra, Almedina, 2010.

BENHABIB, Seyla, *Las reivindicaciones de la cultura*, Buenos Aires, Katz, 2006

BENHABIB, Seyla, *Los derechos de los otros, extranjeros, residentes y ciudadanos*, Barcelona, Gedisa, 2005.

BENHABIB, Seyla, “On Michel Rosenfeld’s *The identity of the constitutional subject*”, in *CLR*, vol. 33, 2012, p. 1889 ss.

BENOÎT-RHOMER, Florence, “La Cour de Strasbourg et la protection de l’intérêt minoritaire: une avancée décisive sur le plan des principes? (En marge de l’arrêt *Chapman*)”, in *RTDH*, 2001, p. 999 ss

BERMAN, Paul Schiff, “Global Legal Pluralism”, in *SCLR*, vol. 80, 2007, p. 1171 ss.

BESSELINK, Leonard, “National and constitutional identity before and after Lisbon”, in *ULR*, vol. 6, n.º 3, 2010, p. 36 ss.

BESSELINK, Leonard, “The Protection of Fundamental Rights Post-Lisbon: The Interaction between the Charter of Fundamental Rights of the European Union, the European Convention on Human Rights (ECHR) and National Constitutions”, XXV Congresso FIDE, 2012, p. 46 ss., [http://www.fide2012.eu/index.php?doc\\_id=94](http://www.fide2012.eu/index.php?doc_id=94) [08/06/2013].

BESSONE, Magalie, *La diversité: un concept philosophique?*, 26/02/2010, [http://www.laviedesidees.fr/IMG/pdf/20100226\\_bessone.pdf](http://www.laviedesidees.fr/IMG/pdf/20100226_bessone.pdf).

- BENVENISTI, Eyal, “Margin of appreciation, consensus and universal standards”, in *ILP*, vol. 31, 1999, p. 843 ss.
- BOGDANDY, Armin von, “Identidad constitucional: Exploración de un fenómeno ambíguo com ocasión de la política de identidad europea de *lege data* y *lege ferenda*”, in *REDC*, n.º 75, 2005, p. 9 ss.
- BONAVIDES, Paulo, *Teoria constitucional da democracia participativa*, São Paulo, Malheiros, 2003,
- BONILLA MALDONADO, Daniel, *La Constitución multicultural*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores/Universidad de los Andes/Universidad Javeriana-Instituto Pensar, 2006.
- BOTELHO, Catarina Santos, *A tutela direta dos direitos fundamentais*, Coimbra, Almedina, 2010, p. 329 ss.
- BOTELHO, Catarina Santos, “Lost in translations – a crescente importância do Direito Constitucional Comparado”, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida*, vol. I, Coimbra, Almedina/FDUNL, 2011, p. 49 ss.
- BOTELHO, Catarina Santos, “Quo Vadis “doutrina da margem nacional de apreciação”? O amparo internacional dos direitos do homem face à universalização da justiça constitucional”, in *Estudos dedicados ao Prof. Doutor Luís Alberto Carvalho Fernandes*, vol. I, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2011, p. 341 ss.
- BRAGE CAMAZANO, Joaquín, “La doctrina de Smend como punto de inflexión de la hermenéutica y concepción de los derechos fundamentales por los tribunales constitucionales a partir de la segunda posguerra”, in *RIDPC*, n.º 11, 2009, p. 95 ss.
- BREMS, Eva, “Human Rights as a framework for negotiating/protecting cultural differences – an exploration of the case-law of the European Court of Human Rights”, in MARIE-CLAIRE FOBLETS/ JEAN-FRANÇOIS GAUDREAU-DESBIENS/ ALISON DUNDES RENTELN (eds.), *Cultural Diversity and the Law*, Bruxelas, Bruylant, 2010, p. 663 ss.
- BROEKMAN, Jan M., “Multiculturalism”, in *PyD*, n.º 48, 2003, p. 15 ss.
- BRONZE, Fernando José, “O direito, a internacionalização e a comparação de sistemas jurídicos (ou a pessoalização como tarefa realizanda, a universalização como objectivo utópico e a relativização como coordenada metódica)”, in *Nos 20 anos do Código das Sociedades Comerciais, Homenagem aos Profs. Doutores A. Ferrer Correia, Orlando de Carvalho e Vasco Lobo Xavier*, vol. II, Coimbra, Coimbra Editora, 2007, p. 637 ss.
- BRONZE, Fernando José, “Pessoa, Direito e Estado”, in *Estudos em Honra do Professor Doutor José de Oliveira Ascensão*, vol. I, Coimbra, Almedina, 2008.
- BRÜGGER, Winfred, “Communitarianism as the social and legal theory behind the German Constitution”, in *ICON*, vol. 2, 2004, p. 431 ss.
- BÜCHLER, Andrea, *Islamic Law in Europe? Legal pluralism and its limits in European Family Law*, Farnham, Ashgate, 2011.
- BURGORGUE-LARSEN, Laurence, “France. The impact of European fundamental rights on the French Constitutional Court”, in PATRICIA POPELIER/ CATHERINE VAN DE HEYNING/ PIET VAN NUFFEL (eds.), *Human rights protection in the European legal*



*order : the interaction between the European and the national courts*, Cambridge/Antwerp/Portland, Intersentia, 2011, p. 211ss.

CABRITA, Isabel, *Direitos humanos: um conceito em movimento*, Coimbra, Almedina, 2011.

CANAS, Vitalino, “Os acordos religiosos ou a generalização da fórmula concordatária”, in *Estudos em Memória ao Conselheiro Luís Nunes de Almeida*, Coimbra, Coimbra Editora, 2007, p. 281 ss.

CANOTILHO, J. J. Gomes “A liberdade religiosa entre o jus-positivismo constitucional e a judicialização dos conflitos religiosos”, in *Nos 20 anos do Código das Sociedades Comerciais, Homenagem aos Profs. Doutores A. Ferrer Correia, Orlando de Carvalho e Vasco Lobo Xavier*, Vol. II, Coimbra, Coimbra Editora, 2007, p. 779 ss.

CANOTILHO, J. J. Gomes, “Brançosos” e interconstitucionalidade. *Itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional*, Coimbra, Almedina, 2006.

CANOTILHO, J. J. Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.<sup>a</sup> ed., Coimbra, Almedina, 2003.

CANOTILHO, J. J. Gomes, “Jurisdicción constitucional y nuevas inquietudes discursivas. Del mejor método a la mejor teoría”, in *Fundamentos*, n.º 4, 2006, p. 425 ss.

CANOTILHO, J. J. Gomes, “Protecção de direitos fundamentais através de organização e procedimento”, in *RFDUP*, Ano VIII, 2011, p. 197 ss.,

CANOTILHO, J. J. Gomes / SILVA, Suzana Tavares da, “Método multinível: "Spill-over effects" e interpretação conforme o direito da União Europeia”, in *RLJ*, Ano 138, n.º 3955, 2009, p. 182 ss.

CANOTILHO, J. J. Gomes / MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. I, 2.<sup>a</sup> ed., Coimbra, Coimbra Ed., 2007.

CANOTILHO, Mariana, *O princípio do nível mais elevado de proteção dos direitos fundamentais na UE*, Coimbra, Universidade de Coimbra, 2008, disponível no sítio da Biblioteca Infoneuropa em <https://infoeuropa.euroid.pt/registo/000047387/documento/0001/> [10/05/2013]

CARABOT, Myriam Benlolo, “Mandat d’arrêt européen : la protection des droits fondamentaux subordonnée aux exigences de la primauté du droit de l’Union européenne”, in *Lettre « Actualités Droits-Libertés » du CREDOF*, 22/03/2013, disponível em <http://revdh.org/lettre-dl/>.

CARBONELL, Miguel, “Constitucionalismo y Multiculturalismo”, in *DC*, n.º 13, 2004, p. 21 ss.

CARTABIA, Marta, “Diritti umani e pluralità delle culture: un percorso possibile”, in JAVIER PRADES (ed.), *All’origine della diversità. Le sfide del multiculturalismo*, Milão, Edizione Angelo Guerini e Associati SpA, 2008.

CARTABIA, Marta, “The age of “new rights””, Straus Institute Working Paper n.º 3/10, 2010, p. 6 ss., disponível em <http://nyustraus.org/index.html> [22/04/2013].

CAROZZA, Paolo G., “Subsidiarity as a Structural Principle of International Human Rights Law”, in *AJIL*, vol. 97, 2003, p. 38 ss.

CASTELS, Stephen, *Globalização, Transnacionalismo e Fluxos Migratórios*, s.l., Fim de Século Edições, 2005

CATALÁ, Santiago, “Libertad religiosa de la mujer musulmana en el Islam y uso del velo”, in AGUSTIN MOTILLA (coord.), *El pañuelo islámico en Europa*, Madrid, 2009, p. 19 ss.

CATROGA, Fernando, “Pátria, nação e nacionalismo”, in JOSÉ MANUEL SOBRAL/JORGE VALA (org.), *Identidade Nacional, Inclusão e Exclusão Social*, Lisboa, ICS, 2010, p. 33 ss.

CAUPERS, João, “A agonia do Estado Social”, intervenção no I Encontro de Professores de Direito Público (2008), publicada na *RFDUP*, Ano VII (Especial), 2010, p. 45 ss.

CHAMBERS, Simone, “Democracy, popular sovereignty and constitutional legitimacy”, in *Constellations*, vol. 11, 2, 2004, p. 153 ss.

CHANG, Wen Chen/ YEH, Jiunn-Rong, “Internationalization of constitutional law”, in MICHEL ROSENFELD/ANDRÁS SAJÒ (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford, Oxford University Press, 2012, p. 1166 ss.

CHRÍOCHÁIN, Majella Ní, “Cultural rights: a new era”, in DAVID KEANE/YVONNE McDERMOTT (eds.), *The challenge of human rights – past, present and future*, Cheltenham/Northampton, Edward Elgar, 2012, p. 291 ss.

CHOUDHRY, Sujit, “Group rights in Comparative Constitutional Law: Culture, Economics or Political Power?”, in M. ROSENFELD/A. SAJÒ (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford, Oxford University Press, 2012, p. 1099 ss.

COHEN-JONATHAN, Gérard, “La fonction quasi constitutionnelle de la Cour Européenne des Droits de l’Homme”, in *Renouveau du droit constitutionnel. Mélanges en l’honneur de Louis Favoreu*, Paris, Dalloz, 2007, p. 1127 ss.

COHEN-ELIYA, Moshe/ PORAT, Iddo, “American balancing and German Proportionality: the historical origins”, in *ICON* vol. 8, 2010, p. 263 ss.

COMMANDUCCI, Paolo, “Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico”, in MIGUEL CARBONELL (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, 2003, p. 75 ss.

CONSEIL D’ÉTAT, *Étude relative aux possibilités juridiques d’interdiction du port du voile integral*, 2010, p. 22 ss., disponível em <http://www.conseil-etat.fr> [20/07/2013].

COUTINHO, Luís Pereira, *A Autoridade Moral da Constituição*, Coimbra, Coimbra Editora, 2009.

COUTINHO, Luís Pereira, “Os direitos sociais e a crise: breve reflexão”, in *D&P*, n.º 1, 2012, p. 75 ss.

COUTINHO, Luís Pereira, “Os discursos dos direitos humanos e a sua proteção internacional”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda*, vol. V, Coimbra, Coimbra Editora, 2012, p. 279 ss.

COUTU, Michel, “Citoyenneté et légitimité. Le patriotisme constitutionnel comme fondement de la référence identitaire”, in *DS*, n.º 40, 1998, p. 631 ss.

CUCHE, Denys, *La notion de culture dans les sciences sociales*, 4.a ed., Paris, La Découverte, 2010.

CUNHA, Paulo Ferreira da, *Constituição & Política. Poder Constituinte, Constituição material e cultura constitucional*, Lisboa, Quid Iuris, 2012.

CUNHA, Paulo Ferreira da, *Constituição viva. Cidadania e Direitos humanos*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2007.

CUNHA, Paulo Ferreira da, *Direito Constitucional Aplicado*, Lisboa, Quid Iuris, 2007.

CUNHA, Paulo Ferreira da, *Direito Constitucional Geral*, Lisboa, Quid Iuris, 2006.

CUNHA, Paulo Ferreira da, “Do conceito de constituição na doutrina portuguesa contemporânea”, Separata de *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares*, Coimbra, Universidade de Coimbra/Coimbra Editora, 2001, p. 551 ss.

CUNHA, Paulo Ferreira da, *Geografia Constitucional. Sistemas juspolíticos e globalização*, Lisboa, Quid Iuris, 2009.

CUNHA, Paulo Ferreira da, *Novo Direito Constitucional Europeu*, Coimbra, Almedina, 2005.

DE HERT, Paul / SOMERS, Stefan, “Principles of national constitutionalism limiting individual claims in human rights”, in *ICLJ*, vol. 7, 2013, p. 4 ss.

DE LA RASILLA DEL MORAL, Ignacio, “The Increasingly Marginal Appreciation of the Margin-of-Appreciation Doctrine”, in *GLJ*, vol. 7, n.º 6, 2006, p. 611 ss.

DE LUCAS, Javier, “Algunos problemas del Estatuto Jurídico de las minorías. Especial referencia a la situación en Europa”, in *RCEC*, n.º 15, 1993, p.97 ss.

DE WITTE, Bruno, “European minority rights”, in MARIE-CLAIRE FOBLETS/ JEAN-FRANÇOIS GAUDREAU-DESBIENS/ ALISON DUNDES RENTELN (eds.), *Cultural Diversity and the Law*, Bruxelas, Bruylant, 2010, p. 717 ss.

DE WITTE, Bruno, / HORVÁTH, Eniko, “The many faces of minority policy in the EU”, in KRISTIN HENRARD/ ROBERT DUNBAR (org.), *Synergies in minority protection. European and International Law perspectives*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008, p. 365 ss.

DELMAS-MARTY, Mireille, *Le relatif et l’universel. Les forces imaginantes du droit*, Paris, Éditions du Seuil, 2004.

DENNINGER, Erhard, “Derecho y procedimiento jurídico en una sociedad multicultural”, in ERHARD DENNINGER /DIETER GRIMM, *Derecho Constitucional para la sociedad multicultural*, Madrid, Trotta, 2007, p. 27 ss.

DEMBOUR, Marie-Bénédicte, “What are human rights? Four Schools of Thought”, in *HRQ*, n.º 32, 2010, p. 1 ss.

DESAUTELS-STEIN, Justin, “Race as a legal concept”, in *CJRL*, vol. 2, 1, 2012, p. 1 ss.

DESHOWITZ, Alan, *Rights from wrongs*, Cambridge, Basic Books, 2004.

DOBNER, Petra/ LOUGHLIN, Martin, “Introduction”, in PETRA DOBNER/ MARTIN LOUGHLIN (eds.), *The twilight of constitutionalism?*, Oxford, Oxford University Press, 2010.

DONDERS, Yvonne, “Do Cultural Diversity and Human Rights make a Good Match?”, in *ISSJ*, n.º 199, 2010, p. 15 ss.

DONDERS, Yvonne, “The Protection of Cultural Rights in Europe: None of the EU’s Business?”, in *MJECL*, vol. 10, 2003, p. 117 ss

DONDERS, Yvonne, *Towards a Right to Cultural Identity?*, Antuérpia/Oxford/ Nova Iorque, Intersentia/Hart, 2002.

DOUGLAS-SCOTT, Sionaidh, “Europe’s Constitutional Mosaic: Human Rights in the European Legal Space-Utopia, Dystopia, Monotopia or Polytopia?”, in NEIL WALKER/ JO SHAW/ STEPHEN TIERNEY, *Europe’s Constitutional Mosaic*, Oxford /Portland, Hart Publishing, 2011, p. 127 ss.

DOYTCHIEVA, Milena, *Le multiculturalisme*, Paris, La Découverte, 2005

DUARTE, David, *Procedimentalização, participação e fundamentação: para uma concretização do princípio da imparcialidade como parâmetro decisório*, Coimbra, Almedina, 1996.

DUARTE, Maria Luísa / ALVES, Pedro Delgado, *União Europeia e Jurisprudência constitucional dos Estados-membros*, Lisboa, AAFDL, 2006.

DUARTE, Maria Luísa, *Estudos sobre o Tratado de Lisboa*, Coimbra, Almedina, 2010.

DUARTE, Maria Luísa, “O Direito da União Europeia e o Direito Europeu dos Direitos do Homem – uma defesa do “triângulo judicial europeu”, in *Estudos em Homenagem ao Professor Marques Guedes*, Coimbra, Coimbra Editora, 2004, p. 735 ss.

DUARTE, Maria Luísa, “O Tratado de Lisboa e o teste da “identidade constitucional” dos Estados-membros – uma leitura prospetiva da Decisão do TC alemão de 30 de Junho de 2009”, in *Estudos sobre o Tratado de Lisboa*, Coimbra, Almedina, 2010.

DUARTE, Maria Luísa, *União Europeia*, Coimbra, Almedina, 2011.

DUBOUT, Édouard, “L’identité constitutionnelle de la France”, in *RFDC*, n.º 83, 2010, p. 451ss.

DUBOUT, Édouard / TOUZÉ, Sébastien, “La fonction des droits fondamentaux dans les rapports entre ordres et systemes juridiques”, in Edouard Dubout/Sébastien Touzé (dir.), *Les droits fondamentaux: charnières entre ordres et systemes juridiques*, Paris, Pedone, 2010, p. 11ss.

DUNBAR, Robert, “The Council of Europe’s European Charter for Regional or Minority Languages”, in KRISTIN HENRARD/ ROBERT DUNBAR (org.), *Synergies in minority protection. European and International Law perspectives*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008, p. 155 ss.

DWORKIN, Ronald, *Levando os direitos a sério*, São Paulo, Martins Fontes, 2002.

DWORKIN, Ronald, “The Court and the University”, *The New York Review of Books*, 15/05/2003, [www.nybooks.com](http://www.nybooks.com)

ELÓSEGUI, Maria/ ARJONA, Cesar, “Law and cultural diversity in Spain”, in MARIE-CLAIRE FOBLETS/ JEAN-FRANÇOIS GAUDREAU-DESBIENS/ ALISON DUNDES RENTELN (eds.), *Cultural Diversity and the Law*, Bruxelas, Bruylant, 2010, p. 345 ss.

ELOSEGUI ITXASO, Maria, “Asimilacionismo, multiculturalismo, interculturalismo”, in *CdRP*, nº 74, 1997, p. 24 ss.

ELOSEGUI ITXASO, Maria, *El dialogo intercultural en España*, Informe, 2009.

EKARDT, Félix, “Weder Leitkultur noch multikultureller Relativismus”, in *KJ*, n.º 38, 2005, p. 248 ss.

ERMISCH, Harald, *Minderheitenschutz ins Grundgesetz?*, Munique, Lit, 2000, p.

ESTRADA, Isabel, “De Vestefália ao Projeto Pós-Nacional”, JOSÉ PUREZA (org.), *Para uma cultura da paz*, Coimbra, Quarteto, 2001, p. 41-54.

ETZIONI, AMITAI, “Communitarism”, in JOEL KRIEGER (ed.), *The Oxford Companion to Comparative Politics*, Nova Iorque, Oxford University Press, 2013, p. 221 ss., disponível em <http://icps.gwu.edu/publications/academic-publications>

FACCHI, Alessandra, “Prospettive attuali del pluralismo normativo”, 2005, disponível em <http://www.juragentium.org/topics/rights/it/facchi.htm> [21/04/2013].

FERNANDEZ, Encarnación, “¿Cómo conjugar universalidad y diversidad? ”, in *PyD*, n.º 49, 2003, p. 393 ss.

FERNANDEZ GARCIA, Eusébio, *Dignidad humana y ciudadanía cosmopolita*, Dykinson, 2001.

FERRAJOLI, Luigi, “Pasado y futuro del estado de Derecho”, in MIGUEL CARBONELL (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, 2003, p. 13 ss.

FERRAJOLI, Luigi, *Principia iuris: teoria del diritto*, vol. I, Roma, Laterza, 2007.

FERRARI, Silvio, “Il “burqa” e la sfera pubblica in Europa”, in *QDPE*, ano XX, 2012, p. 3 ss.

FERRARI, Silvio, “Islam and the European system of State-religions reations throughout Europe”, in MARIE-CLAIRE FOBLETS/ JEAN-FRANÇOIS GAUDREAULT-DESBIENS/ ALISON DUNDES RENTELN (eds.), *Cultural Diversity and the Law*, Bruxelas, Bruylant, 2010, p. 477 ss.

FIGUEROA, Pablo, “Universales “versus” Absolutos. Una crítica filosófica al relativismo cultural”, in *PyD*, n.º 48, 2003, p. 159 ss.

FLICK, Giovanni Maria, “Minoranze ed eguaglianza: il diritto alla diversità e al territorio come espressione dell'identità nel tempo della globalizzazione”, in *PD*, vol. XXXV, n.º 1, 2004, p. 3 ss.

FOBLETS, Marie-Claire/ GAUDREAULT-DESBIENS, Jean-François / RENTELN, Alison Dundes “Introdução”, in MARIE-CLAIRE FOBLETS/ JEAN-FRANÇOIS GAUDREAULT-DESBIENS/ ALISON DUNDES RENTELN (eds.), *Cultural Diversity and the Law*, Bruxelas, Bruylant, 2010.

FOLQUE, André, “As pessoas coletivas do novo direito eclesiástico”, in *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda*, Vol. I, Coimbra, Coimbra Editora, 2012, p. 239 ss.

FONSECA, Rui Guerra da, “O tempo e as vicissitudes constitucionais. Degradação da civilidade e perda do sentido normativo”, in CARLA AMADO GOMES (org.), *V Encontro de Professores de Direito Público*, ICJP, 2012, disponível em [www.icjp.pt](http://www.icjp.pt)

FORNERORD, Anne, “Les “affaires” de burqa en France”, in *QDPE*, n.º 1, 2012, p. 63 ss.

FORST, Rainer, “A critical theory of multicultural toleration”, in ANTHONY SIMON LADEN/ E DAVID OWEN, *Multiculturalism and Political Theory*, Cambridge University Press, 2007, p. 292 ss.

FORST, Rainer, "The limits of Toleration", in *Constellations*, vol. 11, n.º 3, 2004, p. 312 ss.

FORST, Rainer, "Toleration", *The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Summer 2012 Edition)*, EDWARD N. ZALTA (ed.), URL = <<http://plato.stanford.edu/archives/sum2012/entries/toleration/>>.

FRADA, Manuel Carneiro da, "Relativismo, valores, Direito", in *ROA* (separata), ano 68, 2008, p. 651 ss.

FRANKENBERG, Günter, "Democracy", in MICHEL ROSENFELD/ANDRÁS SAJÓ (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford, Oxford University Press, 2012, p. 250 ss.

FROWEIN, J. A., "Constitutionalism in the face of the changing nation state", in CHRISTIAN STARCK (org.), *Constitutionalism, Universalism and Democracy. A Comparative Analysis (The German Contributions to the Fifth World Congress of the International Association of Constitutional Law)*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1999, p. 54 ss.

FUKUYAMA, Francis, "Identity, Immigration, and Liberal Democracy", in *JD*, vol. 17, n.º 2, 2006, p. 5 ss.

GALENKAMP, Marlies, "The rationale of minority rights: wishes rather than needs?", in JUHA RÄIKÄ (ed.), *Do we need minority rights? Conceptual Issues*, The Hague/Boston/London, Martinus Nijhoff Publishers, 1996, p. 41 ss.

GALINDO, Bruno, "Constituição e diversidade cultural: em busca de uma teoria intercultural", in *RBDC*, n.º 6, 2005, p. 468 ss.

GALSTON, William, "O pluralismo de valores e a filosofia política contemporânea", in JOÃO CARLOS ESPADA/MARC F. PLATTNER/ADAM WOLFSON (org.), *Pluralismo sem relativismo*, Lisboa, ICS, 2003, p. 25 ss.

GARCÊS, Ana Paula, "Michael Walzer: Justiça, pluralismo e democracia", in JOÃO CARLOS ESPADA/JOÃO CARDOSO ROSAS, *Pensamento político contemporâneo. Uma introdução*, Bertrand, 2004, p. 134 ss.

GARCIA, Maria da Glória Pinto, *Estudos sobre o princípio da igualdade*, Coimbra, Almedina, 2005.

GARRIDO GÓMEZ, Maria Isabel, "El interculturalismo como propuesta de gestión de los derechos de las minorías culturales", in ÓSCAR PÉREZ DE LA FUENTE (ed.), *Una discusión sobre la gestión de la diversidad cultural*, Madrid, Dykinson, 2008, p. 109 ss.

GARZÓN VALDÉS, Ernesto, "Cinco confusiones acerca de la relevancia moral de la diversidad cultural", in *CdRP*, n.º 74, 1997, p. 10 ss.

GARZÓN VALDÉS, Ernesto, "El consenso democrático: fundamento y límites del papel de las minorías", in *CEFD*, n.º 0, disponível em <http://www.uv.es/CEFD/0/Garzon.html>.

GASPAR, António Henriques, "A influência da CEDH no diálogo interjurisdicional", in *Julgar*, n.º 7, 2009, p. 33 ss.

GAUDREAU-DESBIENS, Jean-François, "Introduction to Part II", in MARIE-CLAIRE FOBLETS/ JEAN-FRANÇOIS GAUDREAU-DESBIENS/ ALISON DUNDES RENTELN (eds.), *Cultural Diversity and the Law*, Bruxelas, Bruylant, 2010, p. 377.

- GHAJ, Yash, “Globalização, multiculturalismo e direito”, in BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS (org.), *Reconhecer para libertar. Os caminhos do cosmopolitismo multicultural*, Porto, Edições Afrontamento, 2004, p. 431 ss.
- GOMES, Carla Amado, “Desclassificação e Desqualificação do Património Cultural”, in *RMP*, n.º 101, 2005, p. 9 ss.,
- GOMES, Carla Amado, “Estado Social e concretização de direitos fundamentais na era tecnológica: algumas verdades inconvenientes”, in *SI*, Tomo LVII, 2008, n.º 315, p. 409 ss.
- GOMES, Carla Amado, “O dano cultural – pistas para a decifração de um enigma”, in *SI*, n.º 321, Tomo LIX, 2010, p. 33 ss.
- GOMES, Carla Amado, “Risque sanitaire et protection de l’individu contre soi-même. Quelques topiques pour un débat”, in *RMP*, n.º 116, 2008, p. 133 ss.
- GOMES, Carla Amado / LEÃO, Anabela Costa, *A condição de imigrante*, Coimbra, Almedina, 2010.
- GOMES, Carla Amado / DUARTE, Maria Luísa, “O Tribunal Constitucional português e a garantia de aplicação do Direito da União Europeia”, in *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Paulo Pitta e Cunha*, vol.I, Coimbra, Almedina, 2010, p. 695 ss.
- GONZALEZ MORENO, Beatriz, *Estado de Cultura, Derechos culturales y libertad religiosa*, Madrid, Civitas, 2003.
- GORJÃO-HENRIQUES, Miguel, “Compreensões e pré-compreensões sobre o princípio do primado na aplicação do Direito da União: breves notas jurídico-constitucionais relativamente ao Tratado de Lisboa”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho*, Coimbra, Coimbra Editora/FDUC, p. 317 ss.
- GOUVEIA, Jorge Bacelar, *Manual de Direito Constitucional*, vol. I e II, 4.<sup>a</sup> ed., Coimbra, Almedina, 2011.
- GOUVEIA, Jorge Bacelar, *Manual de Direito Internacional Público*, 3.<sup>a</sup> ed., Coimbra, Almedina, 2008.
- GOUVEIA, Jorge Bacelar, “O Acordo Religioso entre o Imamat Ismaili e o Estado Português à luz do direito interno e do direito internacional”, in *Direito, Religião e Sociedade no Estado Constitucional*, Lisboa, 2012, p. 69 ss.
- GRIMM, Dieter, *Constitutionalismo y derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2006.
- GRIMM, Dieter, “Integration by Constitution”, in *ICON*, n.º 3, 2005, p. 193 ss.
- GRIMM, Dieter, “Multiculturalidad y derechos fundamentales”, in ERHARD DENNINGER /DIETER GRIMM, *Derecho Constitucional para la sociedad multicultural*, Madrid, Trotta, 2007, p. 51.
- GRIMM, Dieter, “The achievement of constitutionalism and its prospects in a changed world”, in PETRA DOBNER/ MARTIN LOUGHLIN (eds.), *The twilight of constitutionalism?*, Oxford, Oxford University Press, 2010, p. 3 ss.
- GRIMM, Dieter, “Types of constitutions”, in MICHEL ROSENFELD/ANDRÁS SAJÒ (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford, Oxford University Press, 2012, p. 98 ss.
- GROPPI, Tania, “Il multiculturalismo come strumento per la costruzione dell’identità nazionale: l’esperienza del Canada”, in DOMENICO AMIRANTE/VICENZO PEPE (dir.),

*Stato democrático e società multicultural. Dalla tutela delle minoranze al riconoscimento delle diversità culturali*, Torino, G. Giappichelli Editore, 2011, p. 17 ss.

GUERREIRO, Sara, *As fronteiras da tolerância*, Coimbra, Almedina, 2005

HAARSCHER, Guy, *Philosophie des droits de l'homme*, Bruxelles, Editions de l'Université de Bruxelles, 1993.

HÄBERLE, Peter, "La protección constitucional y universal de los bienes culturales: un análisis comparativo", in *REDC*, n.º 54, 1998, p. 11 ss.

HÄBERLE, Peter, *Le libertà fondamentali nello Stato Costituzionale*, Roma, La Nuova Italia Scientifica, 1993.

HÄBERLE, Peter, *Teoría de la constitución como ciencia de la cultura*, Madrid, Tecnos, 2000.

HÄBERLE, Peter, *Retos actuales del Estado Constitucional*, Oñati, 1996.

HABERMAS, Jürgen, "Intolerance and discrimination", in *ICON*, vol. 1, 2003, p. 2 ss.

HABERMAS, Jürgen, *La inclusión del otro. Estudios de teoría política*, Barcelona, Paidós, 1999.

HABERMAS, Jürgen, "Política deliberativa: um conceito procedimental de democracia", in *Facticidad y Validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, Madrid, Editorial Trotta, 1998.

HAMEL, Márcio Renan, "Direitos humanos e multiculturalismo: a democracia como forma de inclusão social", in *DD*, Ano XIV n.º 26, 2006, p. 9 ss.

HARTWIG, Matthias, "La costituzione come promessa del futuro", in RAFFAELE BIFULCO/ANTÓNIO D'ALOIA (org.), *Un Diritto per il futuro. Teorie e modelli dello sviluppo sostenibile e della responsabilità intergenerazionale*, Napoli, Jovene Editore, 2008, p. 57 ss.

HEALY, Claire, *Cidadania Portuguesa: a nova Lei da Nacionalidade de 2006*, Lisboa, ACIDI, 2011, disponível em [www.oi.acidi.gov.pt](http://www.oi.acidi.gov.pt).

HELD, David, "Cosmopolitanism: taming globalization", in DAVID HELD/ANTHONY MCGREW (eds.), *The global transformations reader: an introduction to the globalization debate*, Cambridge, UK, Polity Press, Cambridge, 2003, p. 514 ss.

HELD, David, "National Culture, the Globalization of Communications and the Bounded Political Community", in *Logos*, I (3), 2002, p. 1 ss.

HENRARD, Kristin/ DUNBAR, Robert, "Introduction", in KRISTIN HENRARD/ ROBERT DUNBAR (org.), *Synergies in minority protection. European and International Law perspectives*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008, p. 1 ss.

HESSE, Konrad, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Heidelberg, Müller Verlag, 1999.

HESPANHA, António, *Cultura jurídica europeia: síntese de um milénio*, Coimbra, Almedina, 2012.

HESPANHA, António/ BELEZA, Teresa (coord.), *Teoria da Argumentação e Neo-Constitucionalismo*, Coimbra, Almedina, 2011.

HÖFFE, Otfried, *Derecho Intercultural*, Barcelona, Gedisa, 2000.



HOFFMANN, Florian/ RINGELHEIM, Julie, “Par-delà l’universalisme et le relativisme: La Cour européenne des droits de l’homme et les dilemmes de la diversité culturelle”, in *RIEJ*, n.º 52, 2004, p. 109 ss.

HOLLINGER, David, *Postethnic America. Beyond multiculturalism*, New York, Basic Books, 1995, 2005 (ed. revista).

HUSTER, Stefan, *Die ethische Neutralität des Staates*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2002

HUSTER, Stefan, “La cultura en el estado constitucional”, in STEFAN HUSTER/ ANTONIO PAU/ MARÍA J. ROCA, *Estado y cultura*, Madrid, Fundacion Coloquio Juridico Europeo, 2009.

JERÓNIMO, Patrícia, “Direito Público e Ciências Sociais – o contributo da antropologia para uma densificação “culturalista” dos direitos fundamentais”, in *SI*, Tomo LX, 2011, p. 345 ss.

JERÓNIMO, Patrícia, “Direitos das Minorias”, in *DJAP*, 3.º Sup., 2008, p. 372 ss.

PATRÍCIA JERÓNIMO, “Intolerância religiosa e minorias islâmicas na Europa: a censura do "Islão visível" - os minaretes e o véu - e a jurisprudência conivente do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem”, 08/01/2013, disponível em <http://hdl.handle.net/1822/22352>.

JERÓNIMO, Patrícia, “O princípio da diversidade e o Direito da União. Breves notas sobre o artigo 22.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia”, in *RFDUP*, IX, 2012, p. 245 ss.

JERÓNIMO, Patrícia, *Os Direitos do homem à escala das civilizações*, Coimbra, Almedina, 2001.

JAYME, Erik, *Identité Culturelle et intégration: le Droit International Prive Postmoderne*, Recueil des cours / Académie de Droit International de La Haye, n.º 251, 1995, p. 9 ss.

JESÚS MORA, Juan, “Will Kymlicka: una apuesta por un liberalismo abierto”, in WILL KYMLICKA, *Estados, naciones y culturas*, Córdoba, Almuzara, 2004, cit., p. 13 ss.,

JOPPKE, Christian, “Immigration and the identity of citizenship: the paradox of universalism”, in *CS*, vol. 12, n.º 6, 2008, p. 533 ss.

JOPPKE, Christian, “The retreat of multiculturalism in the liberal state: theory and policy”, in *BJS*, vol. 55, 2, 2004, p. 237 ss.

JOPPKE, Christian, *The Role of the State in Cultural Integration: Trends, Challenges, and Ways Ahead*, Washington, DC, Migration Policy Institute, 2012.

JOPPKE, Christina, “Transformation of Citizenship: Status, Rights, Identity”, in *CS*, vol. 11, n.º 1, 2007, p. 37 ss.

JORQUI AZOFRA, María, “Defensa de la universalidad de los derechos humanos y protección de las diferencias”, in LAURA MIRAUT MARTÍN (ed.), *Justicia, migración y derecho*, Madrid, Dykinson, 2004, p. 291 ss., p. 298.

JUDT, Tony, *Pós-guerra. História da Europa desde 1945*, Edições 70, 2010.

JUSTINO, David, “Integração política e cívica. Cidadania e Civismo. Participação política. Acesso à Nacionalidade”, in ANTÓNIO VITORINO (coord.), *Imigração: oportunidade ou ameaça? Recomendações do Fórum Gulbenkian Imigração*, Estoril, Principia, 2007, p.153 ss.

KÄLIN, Walter, *Grundrechte im Kulturkonflikt*, Berna, 1999, disponível em [http://www.oefre.unibe.ch/unibe/rechtswissenschaft/oefre/content/e700/e1357/e772/e2750/e2751/NFP-Buch-Nov99\\_ger.pdf](http://www.oefre.unibe.ch/unibe/rechtswissenschaft/oefre/content/e700/e1357/e772/e2750/e2751/NFP-Buch-Nov99_ger.pdf) [15/09/2009].

KELLY, Paul, "Introduction: Between Culture and Equality", in PAUL KELLY (ed.), *Multiculturalism reconsidered*, Polity Press, 2005, p. 1 ss.

KEKES, John, "Pluralismo por oposição a liberalismo", in JOÃO CARLOS ESPADA/MARC F. PLATTNER/ADAM WOLFSON (org.), *Pluralismo sem relativismo*, Lisboa, ICS, 2003, p. 205 ss.

KIS, János, "State Neutrality", in MICHEL ROSENFELD/ANDRÁS SAJÓ (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford, Oxford University Press, 2012, p. 319 ss.

KLEINGELD, Pauline/ BROWN, Eric, "Cosmopolitanism", in EDWARD N. ZALTA (ed.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Spring 2011 Edition)*, disponível em <<http://plato.stanford.edu/archives/spr2011/entries/cosmopolitanism/>> [02/07/2011].

KOHLER, Christian, "Le droit de l'Union Européenne face à la diversité culturelle", in *RHDI*, 62, 2009, p. 472 ss.

KOROMA, Abdul, "International law and multiculturalism", in SIENHO YEE/JACQUES-YVAN MORIN (eds.), *Multiculturalism and international law*, Leiden, Nijhoff, 2009, p. 74 ss.

KRUMA, Kristine, "Constitutional Courts and the Lisbon Treaty. The future based on mutual trust", *The area of freedom, security and justice ten years on*, Bruxelas, Centre for European Policy Studies, 2010, p. 38 ss.

KUKATHAS, Chandran, "Are there any cultural rights?", in *PT*, 20, 1992, p. 105 ss.,

KUKATHAS, Chandran, "Pluralismo dentro dos limites da razão", in JOÃO CARLOS ESPADA/MARC F. PLATTNER/ADAM WOLFSON (org.), *Pluralismo sem relativismo*, Lisboa, ICS, 2003, p. 71 ss.

KUMM, Mattias, "The Best of Times and the Worst of Times. Between Constitutional Triumphalism and Nostalgia", in PETRA DOBNER/ MARTIN LOUGHLIN (eds.), *The twilight of constitutionalism?*, Oxford, Oxford University Press, 2010, p. 201 ss.

KUO, Ming-Sung, "The End of Constitutionalism as We Know It? Boundaries and the State of Global Constitutional (Dis)Ordering", in *TLT*, vol. 1, n.º 3, 2010, p. 32 ss.

KUO, Ming-Sung, "Taming Governance with Legality? Critical Reflections upon Global Administrative Law as Small-c Global Constitutionalism", in *JILP*, vol. 44, 2011, p. 55 ss.

KWALL, Roberta Rosenthal, "The Cultural Analysis Paradigm: Women and Synagogue Ritual as a Case Study", in *CaLR*, vol. 34, n.º 2, 2012, p.609 ss.

KYMLICKA, Will / NORMAN, Wayne, "Citizenship in Culturally Diverse Societies: Issues, Contexts, Concepts", in WILL KYMLICKA/WAYNE NORMAN (ed.), *Citizenship in diverse societies*, Oxford, Oxford University Press, 2000, p. 1 ss.

KYMLICKA, Will, *Estados, naciones y culturas*, Córdoba, Almuzara, 2004.

KYMLICKA, Will, "La evolución de las normas europeas sobre los derechos de las minorías: los derechos a la cultura, la participación y la autonomía", in *RECP*, n.º 17, 2007, p. 11 ss.

KYMLICKA, Will, "Minority Rights in Political Philosophy and International Law", in SAMANTHA BESSON/JOHN TASIOULAS, *The philosophy of international law*, Oxford, Oxford University Press, 2010, p. 377 ss.

KYMLICKA, Will, *Multicultural Citizenship: A Liberal Theory of Minority Rights*, Oxford, Oxford University Press, 1995.

KYMLICKA, Will, *Multiculturalism: Success, Failure, and the Future*, Washington DC, Migration Policy Institute, 2012, disponível em [www.migrationpolicy.org](http://www.migrationpolicy.org).

KYMLICKA, Will, "The new debate on minority rights (and postscript)", in ANTHONY SIMON LADEN/DAVID OWEN (Ed.), *Multiculturalism and Political Theory*, Cambridge, Oxford University Press, 2007, p. 25 ss.

KYMLICKA, Will/ WALKER, Kathryn, "Rooted Cosmopolitanism: Canada and the World", in WILL KYMLICKA/KATHRYN WALKER (eds.), *Rooted Cosmopolitanism: Canada and the World*, Vancouver/Toronto, UBC Press, 2012, p. 1 ss.

KYMLICKA, Will/ STRAEHLE, Christine, "Cosmopolitanism, Nation-States, and Minority Nationalism: A Critical Review of Recent Literature", in *EJP*, vol. 7, 1999, p. 65 ss.

LABORDE, Cécile, "Female autonomy, education and the *Hijab*", in *CRISPT*, vol. 9, 2006, p. 351ss.

LABORDE, Cécile, "From Constitutional to Civic Patriotism", in *BJPS*, 32, 2002, p. 591 ss., p. 593 ss.

LABORDE, Cécile, "On republican toleration", in *Constellations*, n.º 9, 2005, p. 167 ss.

LADEN, Anthony Simon, "Negotiation, deliberation, and the claims of politics", in ANTHONY SIMON LADEN/DAVID OWEN, *Multiculturalism and Political Theory*, Cambridge, Oxford University Press, 2007, p. 198 ss.

LADEUR, Karl-Heinz / AUGSBERG, Ino, "The Myth of the Neutral State: The relationship between state and religion in the face of new challenges", in *GLJ*, vol. 8, 2007, p. 143 ss.,

LAMEGO, José, *Sociedade aberta e liberdade de consciência*, Lisboa, AAFDL, 1985.

LEANE, Geoffrey W. G., "Rights of Ethnic Minorities in Liberal Democracies: has France gone too far in banning muslim women from wearing the burka?", in *HRQ*, n.º 33, 2010, p. 1032 ss.

LEÃO, Anabela Costa, "A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia", in *RFDUP*, Ano III, 2006, p. 41 ss.

LEÃO, Anabela Costa, "Expulsão de estrangeiro com filho menor a cargo", in *JC*, n.º 3, 2004, p. 25 ss.

LEITE, André Lamas, "Direito penal e discriminação religiosa. Subsídios para uma visão humanista", in *O Direito*, ano 144, 2012, p. 865 ss.

LERNER, Natan, "Protección Internacional de la diversidad cultural", in *PyD*, n.º 48, 2003, p. 143 ss.

LINDHAL, Hans, "Recognition as Domination: Constitutionalism, Reciprocity and the Problem of Singularity", in NEIL WALKER/ JO SHAW/ STEPHEN TIERNEY, *Europe's Constitutional Mosaic*, Oxford /Portland, Hart Publishing, 2011, p. 205 ss.

- LOCHAK, Daniele, “Identité nationale et intégration des immigrés: le “modele républicain” contre les droits des étrangers”, in *Fundamentos*, vol. 7, 2012, p. 359 ss
- LOUGHLIN, Martin, “What is Constitutionalisation?”, in in PETRA DOBNER/ MARTIN LOUGHLIN (eds.), *The twilight of constitutionalism?*, Oxford, Oxford University Press, 2010, p. 47 ss.
- LOUREIRO, João, *Adeus ao Estado Social?*, Coimbra, Coimbra Editora, 2010.
- LOUREIRO, João, “Constitutionalism, diversity and subsidiarity in a postsecular age”, in *BFDC*, n.º 83, 2007, p. 501 ss.
- LOUREIRO, João, “Depois das cegonhas: pais, escolas e educação sexual”, in *Família, Consciência, Secularismo e Religião*, Coimbra, Wolters Kluwer Portugal/Coimbra Editora, 2010, p. 38 ss.,
- LOUREIRO, João, “«É bom moral no azul»: a constituição mundial revisitada”, in *BFDC*, n.º 82, 2006, p. 181 ss.
- MAC AMHLAIGH, Cormac, “The European Union’s Constitutional Mosaic: Big “C” or Small “c”, is that the question?”, in NEIL WALKER/ JO SHAW/ STEPHEN TIERNEY, *Europe’s Constitutional Mosaic*, Oxford/Portland, Hart Publishing, 2011, p. 21 ss.
- MACCRORIE, Benedita, *A renúncia a direitos fundamentais*, dissertação de doutoramento apresentada à FDUNL, 2010.
- MACCRORIE, Benedita, *A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais*, Coimbra, Almedina, 2005.
- MACCRORIE, Benedita, “O recurso ao princípio da dignidade da pessoa humana na jurisprudência do Tribunal Constitucional”, in *Estudos em Comemoração do 10º Aniversário da Licenciatura em Direito da Universidade do Minho*, Almedina, Coimbra, 2004.
- MACEDO, Stephen, “Pluralismo de valores contra relativismo?”, in JOÃO CARLOS ESPADA/MARC F. PLATTNER/ADAM WOLFSON (org.), *Pluralismo sem relativismo*, Lisboa, ICS, 2003, p. 49 ss.
- MACHADO, Jónatas, “A jurisprudência constitucional portuguesa diante das ameaças à liberdade religiosa”, in *BFDC*, n.º 82, 2006, p. 65 ss.
- MACHADO, Jónatas, *Liberdade de expressão*, Coimbra, Coimbra Editora, 2002.
- MACHADO, Jónatas, *Liberdade religiosa numa comunidade constitucional inclusiva*, Coimbra, Coimbra Editora, 1996.
- MACHADO, Jónatas, *Direito da UE*, Coimbra, Wolters-Kluwer/ Coimbra Editora, 2010.
- MACHADO, Jónatas, *Direito internacional: do paradigma clássico ao pós-11 de Setembro*, Coimbra, Coimbra Editora, 2003, p. 110 ss.
- MACHADO, Jónatas, *Liberdade religiosa numa comunidade constitucional inclusiva*, Coimbra, Coimbra Editora, 1996.
- MACHADO, Jónatas, “Minorias religiosas, liberdade de culto e propriedade horizontal”, in *CJA*, n.º 42, 2003, p. 35 ss.

MACHADO, Jónatas/ CANOTILHO, J. J. Gomes, “Metódica Multinível: Acordos Internacionais do Estado Português com Comunidades Religiosas”, in *RLJ*, n.º 3962, 2010, p. 254-269.

MACKELM, Patrick, “Minority Rights and international law”, in *ICON*, vol. 6, 2008, p. 531 ss.

MADURO, Miguel, “Constitutional pluralism as the theory of european constitutionalism”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho*, Tomo II, Coimbra, Coimbra Editora, 2012, p. 450 ss.

MAHLMANN, Matthias, “Human Dignity and autonomy in modern constitutional orders”, in MICHEL ROSENFELD/ANDRÁS SAJÓ (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford, Oxford University Press, 2012, p. 371 ss.

MAHLMANN, Matthias, “Religious Tolerance, Pluralist Society and the Neutrality of the State: The Federal Constitutional Court's Decision in the Headscarf Case”, in *GLJ*, n.º 4, 2003, p. 1099 ss.

MAIA, António Cavalcanti, “As transformações dos sistemas jurídicos contemporâneos: apontamentos acerca do neoconstitucionalismo”, in REGINA QUARESMA, MARIA LÚCIA DE PAULA OLIVEIRA/ FARLEI MARTINS RICCIO DE OLIVEIRA (coord.), *Neoconstitucionalismo*, Rio de Janeiro, Forense, 2009, p. 5 ss.

MANCINI, Susanna, “The crucifix rage: supranational constitutionalism and counter-majoritarian difficulty”, in *ECLR*, n.º 6, 2010, p. 6 ss.

MANCINI, Susanna, “La Francia, tra neutralità militante e tutela dell’omogeneità culturale”, in DOMENICO AMIRANTE/ VICENZO PEPE (dir.), *Stato Democratico e società multiculturale*, Turim, Giapichelli, 2011, p. 95 ss.

MARCOS DEL CANO, Ana María, “Inmigración y el derecho a la propia cultura”, in LAURA MIRAUT MARTÍN (ed.), *Justicia, migración y derecho*, Madrid, Dykinson, 2004, p. 91 ss.

MARCOS DEL CANO, Ana María, “Inmigración y minorías” , in ÓSCAR PÉREZ DE LA FUENTE (ed.), *Una discusión sobre la gestión de la diversidad cultural*, Madrid, Dykinson, 2008, p. 55 ss.

MARTINEZ SAMPERE, Eva, “El pluralismo democrático como garante de la dignidade humana: no al triunfo póstumo de Hitler”, in GERARDO RUIZ-RICO RUIZ/ NICOLAS PÉREZ SOLA (coord.), *Constitución y Cultura. Retos del Derecho Constitucional en el siglo XXI*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2005, p. 243 ss.

MARTINS, Ana Maria Guerra, *A igualdade e a não discriminação dos nacionais de Estados terceiros legalmente residentes na União Europeia*, Coimbra, Almedina, 2010, p. 474 ss.

MARTINS, Ana Maria Guerra, *Direito Internacional dos Direitos Humanos*, Coimbra, Almedina, 2006.

MATOS, André Salgado, “O direito ao ensino: Contributo para uma dogmática unitária dos direitos fundamentais”, in *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Paulo de Pitta e Cunha*, III, Coimbra, Almedina, 2010, p. 395 ss.

MAURO, Carlos, “A Não Inevitabilidade da Identidade Nacional”, *Diversitates*, v.1, n.º1, 2009, p. 39 ss.

MALHEIROS, Jorge (coord. científica), *Diagnóstico da população imigrante em Portugal: desafios e potencialidades*, Lisboa, ACIDI, 2013, disponível em <http://www.oi.acidi.gov.pt>

MARTÍNEZ-PUJALTE, Antonio-Luis, “Derechos humanos e identidad cultural. Una posible conciliación entre interculturalidad y universalidad”, in *PyD*, n.º 38, 1998, p. 119 ss.,

MAUTNER, Menachem, “From “Honor” to “Dignity”: how should a liberal State treat no-liberal cultural groups?”, in *TIL*, vol. 9, 2008, p. 609 ss.,

MEDDA-WINDISCHER, Roberta, “Legal indicators for social inclusion of new minorities generated by immigration”, in *EYMI*, vol. 2, 2002, p. 381 ss.,

MEDDA-WINDISCHER, Roberta, *Old and new minorities: reconciling diversity and cohesion. A human rights model for minority integration*, Baden-Baden, 2009.

MEDEIROS, Rui / CORTÊS, António, “Anotação ao art. 26.º”, in JORGE MIRANDA/RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, 2.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2010.

MEGÍAS QUIRÓS, José Justo, “Dignidad, Universalidad y Derechos Humanos”, in *AFD*, n.º XXII, 2005, p. 247 ss.

MELO, Helena Pereira de, “A Igualdade de Oportunidades para quem opta pela ‘Estrada do Tabaco’” in RUI NUNES/MIGUEL RICOU/CRISTINA NUNES (coord.), *Dependências Individuais e Valores Sociais*, Porto, Serviço de Bioética e Ética Médica da Faculdade de Medicina do Porto, 2004, p. 157 ss., p. 176 ss.

MENDUS, Susan, “Choice, Chance and Multiculturalism”, in PAUL KELLY (ed.), *Multiculturalism reconsidered*, Polity Press, 2005, p. 31 ss.

MERRIL, Roberto/ BOURDEAU, Vincent, “Republicanismo”, in JOÃO CARDOSO ROSAS (org.), *Manual de Filosofia Política*, Coimbra, Almedina, 2008, p. 109 ss.

MESQUITA, Maria José Rangel, *Os direitos fundamentais dos estrangeiros na ordem jurídica portuguesa – uma perspetiva constitucional*, Coimbra, Almedina, 2012.

MILLER, David, “Equal Opportunities and Cultural Commitments”, in PAUL KELLY (ed.), *Multiculturalism reconsidered*, Polity Press, 2005, p. 35 ss.

MILOT, Micheline, “Canadian multiculturalism, laicity and the recognition of religious diversity”, in BARBARA POZZO (ed.), *Multiculturalisms: different meanings and perspectives of multiculturalism in a global world*, Berna/Bruxelas, Stampfli/Bruylant, 2009, p. 291 ss.

MIRANDA, Jorge, “A Concordata e a Ordem Constitucional Portuguesa”, in *Concordata entre a Santa Sé e a República Portuguesa (1940)*, Coimbra, Almedina, 2001, p.65 ss.

MIRANDA, Jorge, “Anotação ao art. 2.º”, in JORGE MIRANDA/RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, 2.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2010.

MIRANDA, Jorge, “Anotação ao art. 8.º”, in JORGE MIRANDA/RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, 2.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2010.

MIRANDA, Jorge, “Anotação ao art. 12.º”, in JORGE MIRANDA/RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, 2.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2010.

- MIRANDA, Jorge, “Anotação ao art. 42.º”, in JORGE MIRANDA/RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, 2.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2010.
- MIRANDA, Jorge, “Anotação ao art. 43.º”, in JORGE MIRANDA/RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, 2.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2010
- MIRANDA, Jorge, “Anotação ao art. 46.º”, in JORGE MIRANDA/RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, 2.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2010.
- MIRANDA, Jorge, “Apreciação da dissertação de doutoramento do mestre Luís Pereira Coutinho”, in *RFDUL*, vol. 49, 2009.
- MIRANDA, Jorge, *Curso de Direito Internacional Público*, Principia, Cascais, 2012
- MIRANDA, Jorge, *Manual de Direito Constitucional*, Tomo I, 7.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2003, Tomo II, 4.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2000, Tomo III, 5.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2004, Tomo III, 6.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2010, Tomo IV, 5.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2012.
- MIRANDA, Jorge, “Notas sobre cultura, Constituição e direitos culturais”, in CARLA AMADO GOMES/JOSÉ LUÍS BONIFÁCIO RAMOS (org.), *Direito da Cultura e do Património Cultural*, Lisboa, AAFDL, 2011, p. 159 ss.
- MIRANDA, Jorge, “Os novos paradigmas do Estado social”, in *RFDUP*, Ano IX, 2012, p.181 ss.
- MIRANDA, Jorge / CORTÊS, António, “Anotação ao art. 1.º”, in JORGE MIRANDA/RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, 2.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2010.
- MIRANDA, Jorge / MEDEIROS, Rui, “Anotação ao art. 13.º”, in JORGE MIRANDA/RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, 2.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2010.
- MIRANDA, Jorge / MARQUES, Pedro Garcia, “Anotação ao art. 41.º”, in JORGE MIRANDA/RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, 2.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2010.
- MODERNE, Franck, “La dignité de la personne comme principe constitutionnel dans les constitutions portugaise et française”, in JORGE MIRANDA (org.), *Perspectivas Constitucionais. Nos 20 anos da Constituição de 1976*, vol. I, Coimbra, Coimbra Editora, 1996, p. 197 ss.
- MODOOD, Tariq, *Multiculturalism. A civic idea*, Cambridge, Polity Press, 2007.
- MÖLLER, Kai, “Proportionality: Challenging the Critics”, in *ICON*, vol.10, n.º3, 2012, p. 709 ss.
- MORAIS, Carlos Blanco de, “A sindicabilidade do Direito da União Europeia pelo Tribunal Constitucional português”, in *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor José Manuel Sérvulo Correia*, vol. I, Coimbra, FDUL/Coimbra Editora, 2010, p. 221 ss.
- MORAIS, Carlos Blanco de, *Curso de Direito Constitucional*, Tomo I, Coimbra, Coimbra Editora, 2008.
- MOREIRA, Conceição, “Multiculturalidade e multiculturalismo”, in João CARDOSO ROSAS, *Manual de Ciência Política*, Coimbra, Almedina, 2008, p. 219 ss., p. 237-239.
- MOREIRA, Isabel, *A solução dos direitos*, Coimbra, Almedina, 2007.

- MOREIRA, Isabel, “Por uma leitura fechada e integrada da cláusula aberta”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Inocêncio Galvão Telles*, Coimbra, Almedina, 2003, p. 113 ss.
- MOTILLA, Agustín, “La cuestión del pañuelo y de las vestimentas religiosas en Gran Bretaña”, in AGUSTÍN MOTILLA (coord.), *El pañuelo islámico en Europa*, Madrid, Marcial Pons, 2009, p. 141 ss.
- MOUFFE, Chantal, “Deliberative Democracy or Agonistic Pluralism”, *Political Science Series*, 72 / 2000, Institute for Advanced Studies, Viena, p. 8 ss., <http://www.ihs.ac.at/vienna/IHS-Departments-2/Political-Science-1/Publications-18/Political-Science-Series-2/Publications-19/publication-page:6.htm> [11/10/2012].
- MURSWIEK, Dietrich, “Demokratie und Freiheit im multiethnischen Staat”, in DIETER BLUMENWITZ/GILBERT H. GORNIG (dir.), *Kulturstiftung der Deutschen Vertriebenen / Studiengruppe für Politik und Völkerrecht: Minderheitenschutz und Demokratie*, Berlin, Duncker & Humblot, 2004, p. 55-57.
- NABAIS, José Casalta, “A face oculta dos direitos fundamentais: os deveres e os custos dos direitos”, in *Estudos em Homenagem ao Conselheiro José Manuel Cardoso da Costa*, vol. II, Coimbra, Coimbra Editora, 2003, p. 737 ss.
- NABAIS, José Casalta, “Algumas reflexões críticas sobre os direitos fundamentais”, in *Por uma liberdade com responsabilidade*, Coimbra, Coimbra Editora, 2007.
- NATA, Gil, *Diferença cultural e democracia*, Lisboa, ACIDI, 2011.
- NAY, Olivier, *Histoire des idées politiques*, Paris, Armand Collin/Dalloz, 2004.
- NETO, Luísa, “Anotação ao Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 617/06”, in *JC*, n.º 10, 2006, p. 29 ss.
- NETO, Luísa, “*De die ad diem*: os dias úteis ou a utilidade dos dias. Comentário ao Acórdão do TCAN (1.ª secção) de 8.2.2007, P.1394/06.OBEPRT, in *CJA*, n.º 74, 2009, p. 37 ss.,
- NETO, Luísa, *Novos direitos ou novo(s) objeto(s) para o Direito?*, Porto, UP, 2010.
- NETO, Luísa, *O direito à disposição sobre o próprio corpo*, Coimbra, Coimbra Editora, 2004.
- NETO, Luísa, “O direito e a igualdade de género”, in *Julgar*, n.º 8, 2009, p. 161ss.
- NEVES, Alexandra Chicharo das, *Os direitos do estrangeiro*, Lisboa, ACIDI, 2011.
- NEVES, Castanheira, “A Revolução e o Direito”, in *Digesta*, vol. 1, Coimbra, Coimbra Editora, 1995.
- NEVES, Marcelo, *Transconstitucionalismo*, São Paulo, Martins Fontes, 2009.
- NICCOLAI, Silvia, “Proposte di interpretazione minima della Costituzione in Germania” (saggio-recensione ai volumi di C. Starck, *Freiheit und Institutionen* e S. Huster, *Die etische Neutralität des Staates*), in *RCDP*, III, 2003, p. 579 ss.
- NIEUWENHUIS, Aernout, “The concept of pluralism in the case-law of the European Court of Human Rights”, in *ECLR*, n.º 3, 2007, p. 367 ss.
- NOVAIS, Jorge Reis, *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela constituição*, Coimbra, Coimbra Editora, 2003.



NOVAIS, Jorge Reis, “Os direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares”, in *Direitos fundamentais. Trunfos contra as maiorias*, Coimbra, Coimbra Editora, 2006.

NOVAIS, Jorge Reis, *Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional*, Coimbra, Coimbra Editora, 2012.

NOVAIS, Jorge Reis, *Os princípios constitucionais estruturantes da república portuguesa*, Coimbra, Coimbra Editora, 2004.

O’KEEFE, Roger, “The “Right to Take Part in Cultural Life” Under Article 15 of the ICESCR”, in *ICLQ*, 47, 1998, p. 904 ss.

OLIVEIRA, Andreia Sofia Pinto, *O direito de asilo na Constituição Portuguesa. Âmbito de proteção de um direito fundamental*, Coimbra, Coimbra Editora, 2009.

OLIVEIRA, Cândido de, “Estado de Direito sem adjectivos”, in *RFDUP*, Ano VII, 2010 (n.º especial), p. 11 ss.

OLIVEIRA, Nuno Pinto de, *O direito geral de personalidade e a “solução do dissentimento”. Ensaio sobre um caso de “constitucionalização” do direito civil*, Coimbra, Coimbra Editora, 2002.

ONUMA Yasuaki, “A transcivilizational perspective on international law”, in *Récueil ds Cours de l’Académie du Droit International*, n.º 342, 2009, p. 81 ss.

ORWIN, Clifford, “Pluralismo sem relativismo?”, in JOÃO CARLOS ESPADA/MARC F. PLATTNER/ADAM WOLFSON (org.), *Pluralismo sem relativismo*, Lisboa, ICS, 2003, p. 121 ss.

OWEN, David/ TULLY, James, “Redistribution and recognition: two approaches”, in ANTHONY SIMON LADEN/DAVID OWEN (eds.), *Multiculturalism and Political Theory*, Cambridge, 2007, p. 265 ss.

OST, François, “Préface: La diversité culturelle: oser la pensée conjonctive”, in JULIE RINGELHEIM (dir.), *Le droit et la diversité culturelle*, Bruxelles, Bruylant, 2011, p. XII ss.

OTERO, Paulo, “Declaração Universal dos Direitos do Homem e Constituição: a inconstitucionalidade de normas constitucionais?”, in *O Direito*, ano 122, 1990, p. 603 ss.

OTERO, Paulo, *A democracia totalitária*, Cascais, Principia, 2001.

OTERO, Paulo, *Direito Constitucional Português*, Vol. I – Identidade Constitucional, Coimbra, Almedina, 2010.

PAIVA, Polyana Washington de, *O princípio jurídico da hospitalidade: da tolerância à hospitalidade na proteção dos direitos do outro homem*, Dissertação de mestrado em Ciências Jurídico-Políticas apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra [s. n.], 2008

PAIVA, Polyana Washington de, “A hospitalidade como princípio jurídico: reflexões iniciais sobre a possibilidade do encontro entre a hospitalidade e o Direito a partir de um diálogo com Jacques Derrida”, in *BFDC*, vol. 8, 2006, p. 805 ss.

PALERMO, Francesco, “Accommodating differences: the present and future of the law of diversity”, in *VLR*, vol. 30, 2006, p. 431 ss.

PALLARD, Henri, “L’universalisation des droits fondamentaux et l’occidentalisation de l’universalité”, in J. FERRAND/ H. PETIT (eds.), *Enjeux et perspectives des Droits de l’homme*, Paris, L’Harmattan, 2003, p. 164 ss.

PALLARD, Henri, “Universalité ou universalisation des droits de l’homme ? Un philosophe du droit lit un anthropologue du droit”, in CHRISTOPHE EBERHARD/ GENEVIEVE VERNICOS (eds.), *La quête anthropologique du droit*, Paris, Karthala, 2006, p. 115 ss.

PANIKKAR, Raimon, “La interpelación intercultural”, in GRACIANO GONZÁLEZ R. ARNAIZ (coord.), *El discurso intercultural. Prolegómenos a una filosofía intercultural*, Madrid, Biblioteca Nueva, 2002.

PAPIER, Hans-Jürgen, “Toleranz als Rechtsprinzip”, in RAINER JACOBS (ed.), *Festschrift für Peter Raue*, Colonia/Berlin/Munich, Heymanns, 2006, p. 255 ss.

PAREKH, Bhikhu, *Repensando el multiculturalismo*, Madrid, Ediciones Istmo, 2005.

PARKINSON, Patrick, “Taking multiculturalism seriously”, in *SLR*, 16, 1994, p. 473 ss.

PAVIA, Marie-Luce, “La dignité de la personne humaine”, in RÉMY CABRILLAC/MARIE-ANNE FRISON-ROCHE/THIERRY REVET (dir.), *Liberté et Droits Fondamentaux*, Paris, Dalloz, 2002, p. 129 ss.

PAUTZ, Hartwig, “The politics of identity in Germany: the *Leitkultur* debate”, in *R&C*, 45, n.º 4, 2005, p. 39 ss

PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregório, *Curso de derechos fundamentales. Teoría general*, Universidad Carlos III de Madrid/Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1999.

PEREIRA, André Gonçalves / QUADROS, Fausto de, *Manual de Direito Internacional Público*, 3.ª ed., Coimbra, Almedina, 1995.

PEREIRA-MENAUT, Antonio-Carlos, *Doce tesis sobre la política*, México, UNAM, 2008.

PÉREZ DE MADRID, Amelia, “Minorías y Unión Europea: implicaciones jurídico-políticas de la ampliación de la Unión al Centro y Este de Europa”, in *RDCE*, n.º 21, 2005, p. 485 ss.

PÉREZ LUÑO, António-Enrique, “Las generaciones de derechos humanos”, in *RCEC*, n.º 10, 1991, p. 203 ss.

PÉREZ LUÑO, António-Enrique, *Derechos humanos, Estado de derechos y Constitución*, 8.ª ed., Madrid, Tecnos, 2003.

PERJU, Vlad, “Cosmopolitanism and constitutional self-government”, in *ICON*, vol. 8, n.º 3, 2010, p. 326 ss.

PERNICE, Ingolf, “The Treaty of Lisbon: multilevel constitutionalism in action”, in *CJEL*, vol. 15, n.º 3, 2009, p. 349 ss.

PERONI, Ginevra Cerrina “L’esperienza tedesca di multiculturalismo: società multiétnica e aspirazioni di identità etnoculturale”, in DOMENICO AMIRANTE/ VICENZO PEPE (dir.), *Stato Democratico e società multiculturale*, Turin, Giapichelli, 2011, p. 59 ss.

PETERSMANN, Ernst-Ulrich, “Multilevel judicial governance in European and international economic law”, *EU Working Paper LAW*, 2013/03.

PHILLIPS, Anne, *Multiculturalism without culture*, Princeton/Oxford, Oxford University Press, 2007.

PIÇARRA, Nuno, “Separação de poderes”, in *POLIS. Enciclopédia VERBO da Sociedade e do Estado*, vol. 5, Lisboa/ São Paulo, Verbo, 1987, p. 682 ss.

PIÇARRA, Nuno, *A separação de poderes na Constituição de 1976. Alguns aspectos*, in JORGE MIRANDA (coord.), *Nos dez anos da Constituição*, Lousã, INCM, 1987.

PIEROTH, Bodo/ SCHLINK, Bernard, *Direitos Fundamentais. Direito Estadual II*, Lisboa, Universidade Lusíada, 2008.

PINHEIRO, Alexandre Sousa / FERNANDES, Mário João de Brito, *Comentário à IV Revisão Constitucional*, Lisboa, AAFDL, 1999.

PINHEIRO, Luís de Lima, *Direito Internacional Privado*, Coimbra, Almedina, 2009.

PINTO, Ana Luísa/ CANOTILHO, Mariana, “O tratamento dos estrangeiros e das minorias na jurisprudência constitucional portuguesa”, in *Estudos em homenagem ao Conselheiro José Manuel Cardoso da Costa*, vol. II, Coimbra, Coimbra Editora, 2005, p. 231 ss.

PINTO, Luzia, *Os limites do poder constituinte e a legitimidade material da constituição*, Coimbra, Coimbra Editora, 1994.

PINTO, Paulo Mota, “Nota sobre o ‘imperativo de tolerância’ e seus limites”, in *Estudos em Memória do Conselheiro Luís Nunes de Almeida*, Coimbra, Coimbra Editora, 2007, p. 747 ss.

PINTO, Ricardo Leite, “Uma introdução ao neo-republicanismo”, *AS*, vol. XXXVI, 2001, p. 461 ss.

PIOVESAN, Flávia, “Direitos humanos, o princípio da dignidade humana e a constituição brasileira de 1988”, in REGINA QUARESMA, MARIA LÚCIA DE PAULA OLIVEIRA/ FARLEI MARTINS RICCIO DE OLIVEIRA (coord.), *Neoconstitucionalismo*, Rio de Janeiro, Forense, 2009, p. 447 ss.

PIZZORUSSO, Alessandro, “Les générations de droits”, in *Liber Amicorum Jean-Claude Escarras. La communicabilité entre les systèmes juridiques*, Bruxelas, Bruylant, 2005, p. 926 ss.

POPELIER, Patricia/ VAN DE HEYNING, Catherine / VAN NUFFEL, Piet, “The Editor’s Introduction”, in PATRICIA POPELIER/ CATHERINE VAN DE HEYNING/ PIET VAN NUFFEL (eds.), *Human rights protection in the European legal order : the interaction between the European and the national courts*, Cambridge/Antwerp/Portland, Intersentia, 2011, p. 1 ss.

PORTER, Rosalie pedalino, “Divisive and damaging effects of official multicultural diversity, multilingual policies on american public life”, *The Social Contract*, vol. 22, n.º 4, 2012, disponível em [http://www.thesocialcontract.com/artman2/publish/tsc\\_22\\_2/index.shtml](http://www.thesocialcontract.com/artman2/publish/tsc_22_2/index.shtml)

POZZO, Barbara, “Linguistic Diversity in the European Union: A Value or a Challenge?”, in BARBARA POZZO (ed.), *Multiculturalisms - different meanings and perspectives of multiculturalism in a global world*, Berna/Bruxelas, Stampfli/Bruylant, 2009, p. 261 ss

PREUSS, Ulrich, “Disconnecting Constitutions from Statehood. Is global constitutionalism a viable concept?”, in PETRA DOBNER/ MARTIN LOUGHLIN (eds.), *The twilight of constitutionalism?*, Oxford, Oxford University Press, 2010, p. 23 ss.

PRIETO ÁLVAREZ, Tomás, *Libertad religiosa y espacios públicos. Laicidad, pluralismo, símbolos*, Thomson Reuters Aranzadi, 2010, p. 213 ss.

PRIETO DE PEDRO, Jesus, *Cultura, culturas y Constitución*, 4ª reimp., Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006.

PUREZA, José, *O património comum da humanidade: rumo a um direito internacional da solidariedade?*, Porto, Edições Afrontamento, 1998.

QUADROS, Fausto de, “Constituição europeia e constituições nacionais – Subsídios para a metodologia do debate em torno do Tratado Constitucional Europeu”, in *O Direito*, 137, IV-V, 2005, p. 687 ss.

QUEIROZ, Cristina, *Direito Constitucional*, Coimbra, Coimbra Editora, 2009.

QUEIROZ, Cristina, *Direito Constitucional Internacional*, Coimbra, Coimbra Editora/Wolters Kluwer, 2011.

QUEIROZ, Cristina, *Direitos Fundamentais. Teoria Geral*, Coimbra, Coimbra Editora, 2010.

QUEIROZ, Cristina, *Interpretação constitucional e poder judicial*, Coimbra, Coimbra Editora, 2000.

QUEIROZ, Cristina, *Poder constituinte, democracia e direitos fundamentais*, Coimbra, Coimbra Editora, 2013.

RANGEL, Paulo, “Uma teoria da interconstitucionalidade: pluralismo e constituição no pensamento de Francisco Lucas Pires”, in *Themis*, ano I, n.º 2, 2000, p.127 ss.

RANGEL, Paulo, “Transconstitucionalismo versus Interconstitucionalidade – uma leitura crítica do pensamento transconstitucional de Marcelo Neves”, in *Tribunal Constitucional: 35.º Aniversário da Constituição de 1976*, vol. I, Coimbra, Coimbra Editora/Wolters Kluwer, 2012.

RANGEL, Paulo, “Por uma Europa Federal: o problema político e constitucional”, in *Economia, parlamentos, desenvolvimento e migrações: as novas dinâmicas bilaterais entre Brasil e Europa*, Rio de Janeiro, Konrad-Adenauer-Stiftung, 2012, p. 105 ss.

RAWLS, John, *A Lei dos Povos*, Coimbra, Quarteto, 2000.

REBELO, Marta, “A doutrina contemporânea e a pós-modernidade dos Direitos Fundamentais”, in *SI*, Tomo LIV, 2005, p.217 ss.

*Relatório Anual 2010 da Comissão Europeia contra o Racismo e a Intolerância (ECRI)*, CRI (2011) 36, Estrasburgo, junho de 2011, [www.coe.int/ecri](http://www.coe.int/ecri).

RENTELN, Alison Dundes, *The cultural defense*, Oxford, Oxford University Press, 2004.

RENTELN, Alison Dundes, “The Use and Abuse of the Cultural Defense”, in *CJLS*, vol. 20, n.º 1, 2005, p. 47 ss.

REY MARTÍNEZ, Fernando, “La discriminación múltiple, una realidad antigua, un concepto nuevo”, in *REDC*, n.º 84, 2008, p. 251 ss.

RINGELHEIM, Julie, “Cartographie d’un champ en construction”, in JULIE RINGELHEIM (dir.), *Le droit et la diversité culturelle*, Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 1 ss.

RINGELHEIM, Julie, *Diversité culturelle et droits de l’homme*, Bruxelles, Bruylant, 2006.

RINGELHEIM, Julie, “Protéger les droits de la personne dans une Europe multiculturelle”, in THOMAS BENS (dir.), *Le Droit saisi par le collectif*, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 95 ss. e *Diversité culturelle et droits de l’homme*, Bruxelles, Bruylant, 2006.

RINGELHEIM, Julie/ DE SCHUTTER, Olivier, *Ethnic monitoring*, Bruxelles, Bruylant, 2010.

ROCA, Maria J., *La tolerancia en el Derecho*, Madrid, Centro de Estudios (Fundación Registral), 2009.

ROCHA, Acílio da Silva Estanqueiro, “Direitos Humanos e o multiculturalismo”, in ACÍLIO DA SILVA ESTANQUEIRO ROCHA (org.), *Justiça e Direitos Humanos*, Braga, Universidade do Minho/ Centro de Estudos Humanísticos, 2001, p.181 ss.

RODRIGUEZ, Cristina M., “Noncitizen voting and the extraconstitutional construction of the polity,” *ICON*, vol. 8, n.º 1, 2010.

ROELLECKE, Gerd, “Rezension”, in *JZ*, 10, 2001, p. 526.

ROHE, Mathias, “On the recognition and institutionalisation of Islam in Germany in MARIE-CLAIRE FOBLETS/ JEAN-FRANÇOIS GAUDREAU-DESBIENS/ ALISON DUNDES RENTELN (eds.), *Cultural Diversity and the Law*, Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 145 ss.

ROLLA, Giancarlo, “Diritti universali e relativismo culturale”, in *QC*, ano XXV, n.º 4, 2005, p. 855 ss.

ROLLA, Giancarlo, “Tutela de la identidad cultural y de la ciudadanía en los ordenamientos multiétnicos: la experiencia canadiense”, in FRANCISCO BALAGUER CALLEJÓN, (org.), *Derecho Constitucional y Cultura*, Madrid, Tecnos, 2004, p. 131 ss.

ROQUE, Miguel Prata, “Sociedade aberta e dissenso. Contributo para a compreensão contemporânea do princípio do pluralismo democrático”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor André Gonçalves Pereira*, Coimbra, Coimbra Editora, 2006, p. 355 ss.

ROSAS, João Cardoso, “A universalidade dos direitos de cidadania”, in ACÍLIO DA SILVA ESTANQUEIRO ROCHA (org.), *Justiça e Direitos Humanos*, Braga, Universidade do Minho/ Centro de Estudos Humanísticos, 2001, p. 47 ss.

ROSAS, João Cardoso, *Conceções da Justiça*, Lisboa, Edições 70, 2011.

ROSAS, João Cardoso, “Sociedade Multicultural: conceitos e modelos”, in *RI*, n.º 14, 2007, p. 47 ss.

ROSENFELD, Michel, “The identity of the constitutional subject”, in *CaLR*, vol. 16, 1995, p. 1049 ss.

ROSENFELD, Michel, “Rethinking constitutional ordering in an era of legal and ideological pluralism”, in *ICON*, vol. 6, 2008, p. 415 ss.

ROSENFELD, Michel, *The Identity of the constitutional subject*, Londres, Routledge, 2010.

ROSENFELD, Michel, “Constitutional identity”, in MICHEL ROSENFELD/ANDRÁS SAJÓ (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford, Oxford University Press, 2012.

ROSSEL, Jaime, “La cuestión del velo islámico y la vestimenta religiosa en la República Federal de Alemania”, in AGUSTÍN MOTILLA (coord.), *El pañuelo islámico en Europa*, Madrid, Marcial Pons, 2009, p. 171 ss.

RUBIO-MARÍN, Ruth, *Immigration as a Democratic Challenge - Citizenship and Inclusion in Germany and United States*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000.

RUIZ ROBLEDO, Agustín, “El preámbulo del Estatuto catalán como manifestación del Estado neoautonómico”, in *RGDC* n.º 13, 2011.

RUIZ MIGUEL, Carlos, “El constitucionalismo cultural”, in *CConst*, n.º 9, 2003, p. 201 ss.

RUIZ-RICO RUIZ, Gerardo, “Introducción metodológica sobre el estudio de la cultura por el Derecho Constitucional”, in GERARDO RUIZ-RICO RUIZ/ NICOLAS PÉREZ SOLA (coord.), *Constitución y Cultura. Retos del Derecho Constitucional en el siglo XXI*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2005, p. 9 ss.

RUIZ VIEYTEZ, Eduardo J., *Minorías, inmigración y democracia en Europa. Una lectura multicultural de los derechos humanos*, Valencia, PUV/ Tirant lo Blanch, 2006.

SALAMA, Pierre, *Migrants and fighting discrimination in Europe*, Estrasburgo, Council of Europe Publishing, 2011.

SALAZAR BENÍTEZ, Octávio, “El derecho a la identidad cultural como elemento esencial de una ciudadanía compleja”, in GERARDO RUIZ-RICO RUIZ/ NICOLAS PÉREZ SOLA (coord.), *Constitución y Cultura. Retos del Derecho Constitucional en el siglo XXI*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2005, p. 207 ss.

SÁNCHEZ CÁMARA, Ignacio, “Integración o multiculturalismo”, in *PyD*, n.º 49, 2003, p. 163 ss.

SANTIS, Valeria de, “Eredità culturale e responsabilità intergenerazionale”, in RAFFAELE BIFULCO/ANTÓNIO D’ALOIA (org.), *Un Diritto per il futuro. Teorie e modelli dello sviluppo sostenibile e della responsabilità intergenerazionale*, Napoli, Jovene Editore, 2008, p.521ss.

SANTOS, Boaventura de Sousa, “Globalizations”, in *TCS*, n.º 23, 2006, p. 393 ss.

SANTOS, Boaventura de Sousa, “Para além do pensamento abissal: das linhas globais a uma ecologia de saberes”, in *RCCS*, n.º 78, 2007, p. 3 ss.

SANTOS, Boaventura de Sousa, “Por uma concepção multicultural de direitos humanos”, in BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS (org.), *Reconhecer para libertar. Os caminhos do cosmopolitismo multicultural*, Porto, Edições Afrontamento, 2004, p. 329 ss.

SANTOS, Boaventura de Sousa, “Uma cartografia simbólica das representações sociais: o caso do Direito”, in *RCCS*, n.º 24, 1998, p. 139 ss.

SANTOS, Boaventura de Sousa/ NUNES, João Arriscado, “Introdução: para ampliar o cânone do reconhecimento, da diferença e da igualdade”, in BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS (org.), *Reconhecer para libertar. Os caminhos do cosmopolitismo multicultural*, Porto, Edições Afrontamento, 2004, p. 19 ss.

SARLET, Ingo, *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2003.

SARLET, Ingo, “As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível”, in *RBDC*, n.º 9, 2007, p. 361 ss.

SARTORI, Giovanni, *La sociedad multiétnica. Pluralismo, multiculturalismo y extranjeros*, Madrid, Taurus, 2001.

SASSE, Gwendolyn, “Council of Europe as Norm Entrepreneur: the Political Strengths of a Weak International Institution”, in NEIL WALKER/ JO SHAW/ STEPHEN TIERNEY, *Europe’s Constitutional Mosaic*, Oxford /Portland, Hart Publishing, 2011, p. 171 ss.

SAVIDAN, Patrick, *Le multiculturalisme*, Paris, PUF, 2009.

SCHWELLNUS, Guido, “‘Much ado about nothing?’ Minority Protection and the EU Charter of Fundamental Rights”, *ConWEB-Web* n.º 5/2001, disponível em <http://www.qub.ac.uk/> [15/07/2013].

SEN, Amartya, *A ideia de justiça*, Coimbra, Almedina, 2010.

AYELET SHACHAR, “Citizenship”, MICHEL ROSENFELD/ANDRÁS SAJÓ (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford, Oxford University Press, 2012, p. 1002 ss.

SHACHAR, Ayelet, “Demystifying Culture”, in *ICON*, vol. 10, n.º 2, 2012, p. 429 ss.

SHACHAR, Ayelet, “Feminism and multiculturalism: mapping the terrain”, ANTHONY SIMON LADEN/DAVID OWEN, *Multiculturalism and Political Theory*, Cambridge, Oxford University Press, 2007, p. 115 ss.

SHACHAR, Ayelet, *Multicultural Jurisdictions*, Cambridge, Cambridge University Press, 2001.

SHACHAR, Ayelet, “Religion, State, and the Problem of Gender: Reimagining Citizenship and Governance in Diverse Societies”, in *McGLJ*, vol. 50, 2005, p. 49 ss.

SHACHAR, Ayelet, *The birthright lottery, Citizenship and global inequality*, Cambridge/Londres, Harvard University Press, 2009.

SHABANI, Omid Payrow (ed), *Multiculturalism and Law: a critical debate*, Cardiff, University of Wales Press, 2007.

SILVA, Jorge Pereira da, “Anotação ao art. 15.º”, in JORGE MIRANDA/RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, 2.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2010.

SILVA, Jorge Pereira da, “Culturas da cidadania” - Em torno de um acórdão do TC e da nova lei da nacionalidade”, in *JC*, nº 11, 2006, p. 81 ss.

SILVA, Jorge Pereira da, *Dever de legislar e proteção jurisdicional contra omissões legislativas*, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2003.

SILVA, Jorge Pereira da, “Ensaio sobre a proteção constitucional das gerações futuras”, in *Homenagem ao Prof. Doutor Diogo Freitas do Amaral*, Coimbra, Almedina, 2010, p. 459 ss.

SILVA, Suzana Tavares da, *Direitos Fundamentais na Arena Global*, Coimbra, Imprensa Universidade Coimbra, 2011.

SILVA, Vasco Pereira da, *A cultura a que tenho direito. Direitos fundamentais e cultura*, Coimbra, Almedina, 2007.

SILVA, Vasco Pereira da, *Verde Cor de Direito*, Coimbra, Almedina, 2002.

SILVEIRA, Alessandra, *Princípios de Direito da União Europeia: doutrina e jurisprudência*, 2.<sup>a</sup> ed., Lisboa, Quid Juris, 2011.

SILVEIRA, Alessandra, / FROUFE, Pedro Madeira / CANOTILHO, Mariana, FIDE 2012, “Questionnaire General, Protection of Fundamental Rights post-Lisbon: The Interaction between the EU Charter of Fundamental Rights, the European Convention on Human Rights (ECHR) and National Constitutions”, [http://www.cedu.direito.uminho.pt/uploads/FIDE%202012\\_final.pdf](http://www.cedu.direito.uminho.pt/uploads/FIDE%202012_final.pdf) [08/06/2013].

SMET, Stijn, “Freedom of Religion Versus Freedom from Religion: Putting Religious Duties Back on the Map”, in JEROEN TEMPERMAN (ed.), *The Lautsi Papers: Multidisciplinary Reflections on Religious Symbols in the Public School Classroom*, Leiden/Boston, BRILL/Martinus Nijhoff, 2012.

SOARES, Rogério E., “O Conceito Ocidental de Constituição”, *RLJ*, n.ºs 3743 e 3744, 1986.

SONG, Sarah, *Justice, Gender, and the Politics of Multiculturalism (Contemporary Political Theory)*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007,

SONG, Sarah, “Majority norms, multiculturalism and gender equality”, in *APSR*, vol. 99, n.º 4, 2005, p. 473 ss.

SONG, Sarah, “Multiculturalism”, Edward N. Zalta (ed.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Winter 2010 Edition)*, disponível em <http://plato.stanford.edu/archives/win2010/entries/multiculturalism/> [26/07/2013].

SOUSA, Rabindranath Capelo de, *O direito geral de personalidade*, Coimbra, Coimbra Editora, 1995

SUNSTEIN, Cass, *Why societies need dissent*, Cambridge/London, Harvard University Press, 2003.

SWOYER, Chris, “Relativism”, *The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Winter 2010 Edition)*, EDWARD ZALTA (ed.), <http://plato.stanford.edu/archives/win2010/entries/relativism/> [20/01/2013].

TALAVERA, Pedro, “Nacionalismo, identidad y pluriculturalidad”, in *PyD*, n.º 49, 2003, p. 445 ss.

TAMANAH, Brian Z., “A framework for pluralistic socio-legal arenas”, in MARIE-CLAIRE FOBLETS/ JEAN-FRANÇOIS GAUDREAU-DESBIENS/ ALISON DUNDES RENTELN (eds.), *Cultural Diversity and the Law*, Bruxelas, Bruylant, 2010, p. 381 ss.

TAYLOR, Charles, *Multiculturalismo. Examinando a política do reconhecimento*, Lisboa, Edições do Instituto Piaget, 1998



TEIXEIRA, Joaquim de Sousa, *Ipseidade e alteridade. Uma leitura da obra de Paul Ricoeur*, v. II, Lisboa, INCM, 2004.

TELES, Miguel Galvão, “Constituições dos Estados e eficácia interna do direito da União e das Comunidades Europeias – em particular sobre o art. 8.º, n.º 4, da Constituição Portuguesa” in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano no centenário do seu nascimento*, vol. II, Coimbra, 2006, p. 294 ss.

TEUBNER, Gunther, “Transnational fundamental rights: horizontal effects?”, in *R&R*, n.º 40, 2011, p. 191 ss.

THIEBAUT, Carlos, “Charles Taylor: democracia y reconocimiento”, in RAMÓN MAÍZ (org.), *Teorías políticas contemporáneas*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2001, p. 209 ss.

THIELMANN, Jorn/ VOLHOLZER, Kathrin, “Il ‘burqa’ in Germania: un problema minore”, in *QDPE*, Ano XX, n.º 1, 2012, p. 210 ss.

TIBI, Bassam, “Leitkultur als Wertekonsens. Bilanz einer missgluckten deutschen Debatte”, *Aus Politik und Zeitgeschichte* (B 1-2/2001), Bundeszentrale für politische Bildung, 26/05/2002 [disponível online em <http://www.bpb.de/apuz/26535/leitkultur-als-wertekonsens?p=all>].

TILLEY, John J., “The Problem for Normative Cultural Relativism”, in *RJ*, vol. 11, n.º 3, 1998, p. 272 ss.

TOMUSCHAT, Christian, “The Ruling of the German Constitutional Court on the Treaty of Lisbon”, in *GLJ*, 10, 2009, p. 1259 ss.

TORBISCO CASALS, Neus, “La interculturalidad posible: el reconocimiento de derechos coletivos”, in MARÍA PAZ ÁVILA ORDÓÑEZ/MARÍA BELÉN CORREDORES LEDESMA (eds.), *Los Derechos Coletivos. Hacia una efetiva comprensión y protección*, Quito, Ministerio de Justicia y derechos Humanos/ONU, 2009, p. 61 ss., disponível em <http://www.bibliotecaonu.org.ec/> e [http://www.justicia.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2012/07/2\\_Derechos\\_Coletivos.pdf](http://www.justicia.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2012/07/2_Derechos_Coletivos.pdf) [10/01/ 2013].

TORBISCO CASALS, Neus, *Minorias culturales y derechos coletivos: un enfoque liberal*, Barcelona, Universidad Pompeu Fabra, 2000, ISBN 8469985094, disponível em <http://www.tdx.cat/TDX-1212101-123858> [10/01/ 2013].

TREMBLAY, Luc B., “The Bouchard-Taylor Report on cultural and religious accommodation: multiculturalism by any other name?”, in *RCS*, vol. 15, n.º 1, 2010, p. 35 ss.

TRINDADE, António Augusto Cançado, “Balanço dos resultados da Conferência Mundial de Direitos Humanos: Viena, 1993”, in *RIIDH*, n.º 18, 1993, p. 11 ss

TRINIDAD NUÑEZ, Pilar, “La evolución en la protección de la vulnerabilidad por el derecho internacional de los derechos humanos”, in *RERI*, n.º 4, 2012, p. 125 ss.

TSAKYRAKIS, Stavros, “Proportionality: an assault on human rights?”, *ICON*, vol. 7, 2009, p.468 ss.

TULLY, James, *Strange Multiplicity. Constitutionalism in an age of diversity*, 7.<sup>a</sup> ed., Cambridge, Cambridge University Press, 2006.

VAN DE HEYNING, Catherine, “No place like home”, in PATRICIA POPELIER/ CATHERINE VAN DE HEYNING/ PIET VAN NUFFEL (eds.) , *Human rights protection in the European legal order : the interaction between the European and the national courts*, Cambridge/Antwerp/Portland, Intersentia, 2011, p. 65 ss.

- VAN DE VIVJER, Fons J.R. / BREUGELMANS, Seger M. / SCHALK-SOEKAR, Saskia R. G., "Multiculturalism: Construct validity and stability, in *IJIR*, 32, 2008, p. 93 ss
- VAN DER BOGAERT, Sina, "State Duty towards Minorities: Positive or Negative? How policies based on neutrality and non-discrimination fail", in *ZaōRV*, n.º 64, 2004, p. 37 ss.
- VAN PRAAGH, Shauna, *Hijab et Kirpan. Une histoire de cape et d'épée*, Sainte Foy, Québec, Presses de l'Université Laval, 2006.
- VANDERLINDEN, Jacques, "L'utopie pluraliste, solution de demain au problème de certaines minorités? ", in NICOLAS LEVRAT (dir.), *Minorités et organisation de l'état*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 665 ss.
- VASCONCELOS, Miguel Pais de, *Teoria Geral do Direito Civil*, Coimbra, Almedina, 2012.
- VAZ, Manuel Afonso, "O tempo e a efectivação dos direitos fundamentais", in CARLA AMADO GOMES (org.), *V Encontro de Professores de Direito Público*, Lisboa, ICJP, 2012, p. 9 ss.
- VAZ, Manuel Afonso, *Teoria da Constituição*, Coimbra, Coimbra Editora, 2012.
- WALKER, Neil/ TIERNEY, Stephen, "Introduction. A Constitutional Mosaic? Exploring the New Frontiers of Europe's Constitutionalism", in NEIL WALKER/ JO SHAW/ STEPHEN TIERNEY, *Europe's Constitutional Mosaic*, Oxford/Portland, Hart Publishing, 2011, p. 1 ss.
- VEGA GUTIERREZ, Ana Maria, "Objeciones de conciencia y libertades educativas", in MARÍA ROCA (org.), *Opciones de conciencia: propuestas para una ley*, Madrid, Tirant lo Blanch, 2008, p. 325 ss.
- VELASCO, Juan Carlos, "As migrações internacionais", in JOÃO CARDOSO ROSAS, *Manual de Filosofia Política*, Coimbra, Almedina, 2008, p. 197 ss.
- VELASCO ARROYO, Juan Carlos, "Republicanism, constitucionalismo y diversidad cultural. Más allá de la tolerancia liberal", in *REP*, n.º 125, 2004, p. 181 ss.
- VELARDE, Caridad, *Universalismo de derechos humanos. Análisis a la luz del debate anglosajón*, Madrid, Thomson-Civitas, 2003.
- VELHA, Cristina Sousa/ PEREIRA, J. A. Teles, "O caso da cruz", in *RMP*, n.º 69, 1997.
- VERMEULEN, B. P. "On freedom, equality and citizenship. Changing fundamentals of Dutch minority policy law (immigration, integration, education and religion), in MARIE-CLAIRE FOBLETS/JEAN-FRANÇOIS GAUDREAU-DESBIENS/ALISON DUNDES RENTELN, *Cultural Diversity and the Law. State Responses from Around the World*, Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 45 ss.
- VESTING, Thomas, "Ende der Verfassung?", in THOMAS VESTING/STEFAN KORIOTH (org.), *Der Eigenwert des Verfassungsrechts*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2011.
- VIOLINI, Lorenza, "Multiculturalismo e questioni eticamente controverse: quale regolamentazioni?", in JAVIER PRADES (dir.), *All'origine della diversità. Le sfide del multiculturalismo*, Milão, 2008, p. 49 ss.
- VITORINO, António, *Protecção constitucional e protecção internacional dos direitos do homem: concorrência ou complementaridade?*, Lisboa, AAFDL, 1993.

- WAHL, Rainer, "In defence of constitution", in PETRA DOBNER/ MARTIN LOUGHLIN (eds.), *The twilight of constitutionalism?*, Oxford, Oxford University Press, 2010, p. 220 ss.
- WALDRON, Jeremy, "Minority cultures and the cosmopolitan alternative", in *UMJLR*, n.º 25, 1992, p. 751 ss.
- WALKER, Neil, "Rosenfeld's plural constitutionalism", in *ICON*, vol. 8, 2010, p. 677 ss.
- WALZER, Michael, "The politics of difference: statehood and toleration in a multicultural world", in *RJ*, 10, n.º 2, 1997, p. 165 ss.
- WALZER, Michael, *On toleration*, New Haven, Yale University Press, 1997.
- WEINSTOCK, Daniel M., "Liberalism, multiculturalism, and the problem of internal minorities", in ANTHONY SIMON LADEN/DAVID OWEN, *Multiculturalism and Political Theory*, Cambridge, Oxford University Press, 2007, p. 244 ss.
- WET, Erika de, "The constitutionalization of the public international law", in MICHEL ROSENFELD/ANDRÁS SAJÓ (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford, Oxford University Press, 2012, p. 1209 ss.
- WIATER, Patricia, *Le dialogue interculturel dans le système européen de protection des droits de l'homme*, Estrasburgo, Éditions du Conseil d'Europe, 2011.
- WIEVIORKA, Michel, "Le multiculturalisme : un concept à reconstruire ?", 2010, disponível em <http://www.raison-publique.fr/article222.html> [6/11/2012].
- WILHELMI, Marco Aparicio, "Diversidad Cultural, convivencia y derechos. Un análisis en el marco de la Constitución Española", in *RCDP*, n.º 40, 2010, p. 1 ss.,
- WILLIAMS, Andrew, "Burying, not Praising the ECHR", in NEIL WALKER/ JO SHAW/ STEPHEN TIERNEY, *Europe's Constitutional Mosaic*, Oxford/Portland, Hart Publishing, 2011, p. 75 ss.
- WILLIAMS, Melissa S., "Justice toward Groups: Political Not Juridical", in *PT*, n.º 23, 1995, p. 67 ss.
- WOLFRUM, Rudiger, "The emergence of "new minorities" as a result of migration", in C. BRÖLMANN *et al.* (eds.), *Peoples and Minorities in International Law*, Kluwer, 1993, p. 153 ss.
- WOUTERS, Jan/ VIDAL, Maarten, "International normative action for cultural diversity: the contribution of UNESCO", in MARIE-CLAIRE FOBLETS/JEAN-FRANÇOIS GAUDREAU-DESBIENS/ALISON DUNDE RENTELN, *Cultural Diversity and the Law. State Responses from Around the World*, Bruxelas, Bruylant, 2010, p. 779 ss.
- YOUNG, Iris Marion, "Structural injustice and the politics of difference", in ANTHONY SIMON LADEN/DAVID OWEN, *Multiculturalism and Political Theory*, Cambridge, Oxford University Press, 2007, p. 60 ss.
- YUSUF, Abdulqawi, "Cultural rights as collective rights in international law", in KALLIOPI KOUFA (org.), *Multiculturalism and international law*, Athens [u.a.], Sakkoulas Publ., 2007, p. 53 ss.
- ZACCARIA, Giuseppe, "Tolerancia y politica de reconocimiento", in *PyD*, n.º 49, 2003, p. 107 ss.
- ZAGREBELSKY, Gustavo, "La Corte in-politica", in *JC*, n.º 5, 2005, p. 3 ss.

ZAPATA BARRERO, Ricard, *Multiculturalidad e inmigración*, Madrid, Síntesis, 2004.

ZUCCA, Lorenzo, “Los conflictos de derechos fundamentales como dilemas constitucionales”, in *Dilemas constitucionales*, Madrid, Marcial Pons, 2011.